بسم الله الرحمن الرحيم

المملكة العربية السعودية
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
الدراسات العليا
المعهد العالي للقضاء

أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي

"دراسة مقارنة"

رسالة
مقدمة لنيل درجة "الدكتوراة" في الفقه المقارن
من المعهد العالي للقضاء

إعداد الباحث : علي بن عبد الرحمن بن علي الربيعة

إشراف : فضيلة الأستاذ الدكتور / بدران أبو العينين بدران
أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد

العام الجامعي - ١٤٠٣هـ/١٤٠٤هـ
١٩٨٣م/١٩٨٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

الافتتاحية

الإفتتاحيــــة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الهدى محمـــــد الأمين ، وعلى آلـه وصحبه ومن تبع سنته ودعا بدعوته الى يوم الدين . . وبعد

فإن أهمية الوصايا تبدو فيما إذا مات الإنسان إذ يفقد إرادته وإدراكـه وقدرته على حيازة المال والإنتفاع به والتصرف فيه ، وذلك ما يقضي بانقطاع صلتـه بما كان يملك حال حياته من مال ، وانتهاء ملكه فيه ، وزوال ما كان له مـــن سلطان عليه وارادة فيه ، فلا ينفذ فيه تصرف ولا ارادة .

ومن أجل ذلك فقد شـــاء الله العليم بعباده الحكيم فيهم ، أن يجعل ذلك المال بعد وفاته لمن أظهرت الطبائع الانسانية والتصرفات الشائعـــة المألوفة أنهم محل ايثار الانسان بأموالـه منحاً وانفاقاً حال حياته ، حتى يكـون ذلك حافزاً له على حفظها وصيانتها وتنميتها وادخارها ، ومطمئناً على ان مـا يكون لـه من مال بعد وفاته ، مصيره الى أحب الناس اليه ، ومن ارتضاه حـــال حياته لبذله وعطائه ورعايته ، فعلى هذا الأساس شرع نظام المواريث ، غير أن مـن الناس من تدعوه ظروفه وصلاته بغير أهله وأقاربه الى أن يكافئ من أسدى اليـه معروفا ، أو يجازي من أعانه في حاجة ، أو فرج عنه كربة ، ثم لا تتهيأ لـه ظـروف تحقيق ذلك قبل وفاته ، وذلك أن للانسان حياة أخرى خالدة بعد هذه الحياة ، الغانية ، وهي حياة يجازى فيها بأعماله ويحاسب على ما اقترف فيها من سيئـات ولا نجاة له من ذلك الا بفعل ما أمره الله به ، وترك ما نهاه عنه ، فكثيرا ما يقصـر الانسان في ذلك كسلا ، أو تهاونا ، مغرورا بأمله ، راجيا تدارك ما فاته قبـل حلول أجله ، فقد تفاجئه مقدمات الموت وأسبابه قبل أن يتمكن من تلافي ذلـك التقصـير .

ولهذا كله شرع الحكيم العليم الوصية ليتدارك بها الانسان ما فاته ، والـى

ذلك فقد أشار الزيلعي[1] بقوله : " أن الوصية شرعت لحاجة الناس اليها لأن الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله ، فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك فانه يحتاج الى تلافي ما فاته من التقصير ، وبالوصية يحصل مقصوده ، اذا تحقق ما كان يخافه ، ولو اتسع له الوقت واحتاج الى الانتفاع بما له صرفه الى حاجته ، فشرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح " .

ومن هنا ندرك أن الوصية شرعت عند توفر أسبابها ، وبواعثها الشرعية ، لحكم جليلة ، ومقاصد شريفة تجمع بين مصالح العباد فى الدنيا ، ورجاء الثواب والدرجات العالية فى الآخرة .

وذلك كله مما دعاني لاختيار الوصايا موضوعا للبحث فيها ، وسميته :

" أحكام الوصايا في الفقه الاسلامي "

هذا ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر وخالصه لله ثم للمشرف على هذه الرسالة فضيلة الاستاذ الدكتور / **بدران أبو العينين بدران** أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء الذى كان لي بعد الله خير عون على اظهار هذه الرسالة على هذا المستوى وذلك بفضل توجيهاته الحكيمة ، وارشاداته الصائبة ، ولا غرو في ذلك ولا عجب فالمعروف عن فضيلته غزارة العلم ، وسعة الاطلاع ، مع التواضع ، والحلم والاخلاص والخبرة الواسعة في البحوث العلمية ، فقد صدر لفضيلته الكثير من المؤلفات العلمية النافعة ، وأشرف على كثير من الرسائل ، سواء منها رسائل

---

(١) أنظر : تبيين الحقائق ٦/١٨٢ ، وأنظر : عقد الوصية ص ١١ .

الماجستير ،أو الدكتوراه ،فشكر الله له جهوده المباركة ،وجـــزاه عني وعن الاسلام خير الجزاء .

كمـــا لا يفوتني أن أدعو له بالرحمة والمغفرة ،وأن يسكنه فسيـــح جناته جزاء ما قدمه لطلبة العلم من خالص جهوده ،ووافر علمــــه حيث اختاره الله الى جواره أثناء طبع هذه الرسالة .

كما أسأل الله عز وجل أن يجعل ما بذلته من جهد لائقا بالهدف الذى قصدته وهو خدمة الشريعة الاسلامية ،إنه على كل شـــيء قدير .

وصلى الله على نبينا محمـــد وعلى آلـه وصحبه أجمعين .. ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .

*** *** ***

خطة البحث :

وتشتمل على مقدمة وخمسة أبواب ، وخاتمة :

فأما المقدمة فتشتمل على أربعة أمور : -

الأول : أسباب الملكية في الشرع .

الثاني : الوصية قبل الاسلام ، وبعده .

الثالث : الفرق بين الوصية، والميراث ، والهبة .

الرابع : بيان أن الوصية عقد من عقود التبرعات .

وأما الباب الأول : فهو باب تمهيدى ، ويشتمل على الفصول الآتية :

الفصل الأول : تعريف الوصية في اللغة ، والاصطلاح .

الفصل الثاني : مشروعية الوصية ، ودليل ذلك .

الفصل الثالث : حكمة مشروعية الوصية .

الفصل الرابع : هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟

وأما الباب الثاني : فهو في تكوين الوصية وأركانها ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : صيغة الوصية . وفيه مباحث :

* المبحث الأول : ألفاظ الوصية .
* المبحث الثانى : في الايجاب، والقبول ، وبم يتحقق كل منهما ؟
* المبحث الثالث: وقت ثبوت الملكية للموصى له .
* المبحث الرابع : رد الوصية من الموصى له .
* المبحث الخامس : تعليق أو اقتران الوصية بالشرط
* المبحث السادس : اضافة الوصية .

وأما الباب الرابع : ففي أنواع الوصية ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : الوصية بالمال ، وفيه مباحث :

* المبحث الأول : طريقة تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في التركة دين ، أو مال غائب .

* المبحث الثاني : الوصية بالمال وفي التركة دين على أحد الورثة .

* المبحث الثالث : الوصية بالمال عند حدوث تغيير أو زيادة في العين الموصي بها .

الفصل الثاني : الوصية بالمنافع : وفيه مباحث :

* المبحث الأول : الوصية بالمنافع . وفيه مطالب :

- المطلب الأول : في مدلول كلمة (المنافع) .

- المطلب الثاني : حكم الوصية بالمنافع .

- المطلب الثالث : تقدير المنفعة الموصى بها .

- المطلب الرابع : نفقات العين الموصى بمنفعتها .

- المطلب الخامس: بيع مالك الرقبة للعين الموصى بمنفعتها .

* المبحث الثاني : الوصية بالحقوق : وفيه مطالب .

- المطلب الأول : تقدير قيمة الحق .

- المطلب الثاني : الوصية بالخلو .

- المطلب الثالث : الوصية بحق من حقوق الارتفاق .

* المبحث الثالث : الوصية بالمرتبات ، وفيه مطالب :

- المطلب الأول : الوصية بمرتب من رأس المال ، والمدة معينة .

- المطلب الثاني : الوصية بمرتب من الغلة والمدة معلومة .

- المطلب الثالث : الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة

- المطلب الرابع : الوصية بمرتب لمعين طول حياة الموصى له من مال التركة أو غلتها .

وأما الباب الخامس : ففي حكم الوصية ، ومبطلاتها ، وفيه فصلان : -

الفصل الأول : حكم الوصية ، وفيه مبحثان : -

* المبحث الأول : حكم الوصية بمعنى صفتها الشرعية ، وبيان الوصية الواجبة .

* المبحث الثاني : حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب عليها .

الفصل الثاني : في مبطلات الوصية ، وفيه مباحث :

* المبحث الأول : فيما يبطل الوصية من جهة الموصي .

* المبحث الثاني : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى له .

* المبحث الثالث : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى به .

وأما الخاتمة : ففي تزاحم الوصايا .

منهج البحث :

والطريقة التي اتبعتها في بحث هذا الموضوع على الخطة التي رسمتها سابقا هي : -

١ - قمت بتعريف مايحتاج الى تعريف في اللغة والاصطلاح ، مع تحرى الدقة في ذلك بقدر ما استطعت ، ويتضح ذلك جليا في تعريف معنى الوصية فقد ذكرت ما قيل في معناها في اللغة والاصطلاح ، مع ذكر تعريف قانون الوصية المصرى ، ورجحت بعد المناقشة ما ظهر لي رجحانه .

٢ - ذكرت أراء الفقهاء في المسائل المختلف فيها ، مع بيان أدلة كل رأى ومناقشته ، ثم اختار ما يظهر لي رجحانه من هذه الآراء مع ذكر وجه ترجيحه .

٣ - وثقت في أغلب الأحوال أقوال الفقهاء الواردة في المسألة من واقع نصوصها الفقهية في أكثر من مصدر ، معتمدا في ذلك على المصادر المشهود لها بالقوة .

ومما تجدر الاشارة اليه أنني قد رجعت الى ما كتبه المحدثون والمعاصرون في موضوع الوصايا .

وكان ذلك بهدف الأمانة العلمية التي تقتضي من الباحث أن يطلع الى كل ما كتب في الموضوع بحسب الطاقة ، ثم ان في الاطلاع على ما كتبه هؤلاء اعترافا بجهدهم ، واستنارة بما دونوه من بحوث ، واستئناسا بما اختاروه من أراء ، لا سيما وأن ذلك أمر تحتمه قواعد منهج البحث العلمي ، حيث تقتضي تتبع ما كتب في الموضوع الذى يراد بحثه .

٤ - قمت بذكر مسلك قانون الوصية المصرى في موضوع الوصايا ، وذلك من خلال ايراد مواده المنصوص عليها في هذا الموضوع ، وقد بينت ما أخذ به من أقوال الفقهاء في المسألة المختلف في حكمها ، أو ما وافق فيه جمهور الفقهاء حين يكون الحكم في المسألة محل اجماع منهم .

٥ - قمت بتخريج ما ورد في البحث من آيات قرآنية ، وآحاديث ، وآثار

٦ - قمت بترجمة مناسبة لبعض الأعلام الوارد ذكرهم في البحث ، تبين حياته العلمية ، وتاريخ ميلاده ، ووفاته ، وبعض تصانيفه ، وذكرت مصادر الترجمة .

هذا .. ولقد حاولت بقدر الامكان أن يكون هذا البحث سهل الأسلوب ، حسن الترتيب ، سالكا في طريقته مسلك الاعتدال في كل مسألة أتعرض لبحثها من غير تعسف ، أو تعصب لمذهب معين ، ولكن متى وجدت الحق أخذت به ، اذ الحق ضالة المؤمن ، والحق أحق أن يتبع .

والله ولي التوفيق . !

*** *** ***

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

وتشتمل على :

١ - أسباب الملكية في الشرع .

٢ - الوصية قبل الاسلام وبعده .

٣ - الفرق بين الوصية والميراث والهبة .

٤ - بيان أن الوصية عقد من عقود التبرعات .

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين ، وعليه نتوكل

المقدمة وتشتمل على : -

أولا : أسباب الملكية في الشرع :

يحسن بنا قبل أن نتكلم على أسباب الملكية فى الشرع أن نتعرض لتعريف الملك ، ثم أنواعه ، وعلى ضوء ذلك نبين أسبابه فى الشرع فنقول :

ان المال لا يعتبر مالا الا بتمول الناس له ، ولذلك كانت علاقته بالانسان هى التى تعطيه خواصه المالية ، والشرعية ، ولقد قرر الشرع الاسلامي تلك العلاقة ، ورتب عليها ثمراتها ، ونتائجها ، وتلك العلاقة المقررة فى الاسلام هي الملك[1] .

وفي تعريف معنى الملك قد اختلفت عبارات الفقهاء فى ذلك ، فقد تعددت تعريفاتهم له ، وكل هذه التعاريف تتقارب فى مرماها ، فعرفه كمال الدين ابن الهمام[2] : " بأنه القدرة على التصرف ابتداء ، الا لمانع[3] " ومعنى هذا التعريف ، أن الملك قدرة الشخص التى لا يستمدها من غيره على التصرف الا لمانع يمنعه من التصرفات ، فالذى يملك التصرف بالنيابة عن غيره فى شيء

---

(١) ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٧٠ .

(٢) المصدر السابق ، فقد اقتبسه .

(٣) " "

لا يعتبر مالكا ،لأنه لا يقدر على التصرف ابتداء ، ومن ذات نفسه ، بل بقدرة غيره .

وعرفه المقدسي[(١)] : " بأنه الاختصاص الحاجز " . ومعنى ذلك التعريف أن الملك هو الاختصاص بالشئ المانع لغيره من الانتفاع به ، أو التصرف فيه الا عن طريقه وسببه .

واذا نظرنا الى هذين التعريفين الأول ، والثاني ، وجدنا كل واحد منهما مكملا للآخر ومتمما له ، فلو جعلناهما على صيغة تعريف واحد ، وقلنا مثلا : " الملك هو الاختصاص بالاشياء الحاجز للغير عنها شرعا ، الذى به تكون القدرة على التصرف في الاشياء ابتداء الا لمانع يتعلق بأهلية الشخص " لنتج عن ذلك تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابته في القدرة على التصرف ابتداء[(٢)] .

وهناك تعريف آخر للملك جاء في كتاب القرافي[(٣)] الفروق وهو أن الملك : " تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة.

وهذا المعنى ، وهو أن الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع وتقريره أمر متفق عليه بين الفقهاء ، لأن الحقوق كلها ، ومنها حق الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع لها ، وتقديره لأسبابها ، فالحق ليس ناشئا عن طبائع الأشياء ، ولكنه ناشئ عن اذن الشارع ، وجعله السبب منتجا لمسببه شرعا[(٤)] .

---

(١) اقتبسه ابو زهرة ، ينظر المصدر السابق ص ٧ .

(٢) ابو زهرة - المصدر السابق بتصرف .

(٣) الفرق المتم للثمانين بعد المائة ٣/ ٢٠٩ .

(٤) المصدر السابق .

اذن فالمستفاد من هذه التعريفات - على اختلاف عباراتها - أنهـا تهدف الى معني واحد ،وهو أن الملك ،أو الملكية[١] ،هو العلاقة التى أقرها الشارع بين الانسان والمال ،وجعله مختصا به ،بحيث يتمكن من الانتفـاع به بكل الطرق السائغة له شرعا .

هذا وان الملكية تنقسم الى ملكية تامة ،وملكية ناقصة ،فالملكية أو الملك التام،هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها ،والملكية أو الملك الناقص هو ملك أحد الأمرين هما ملك الرقبة وحدها من غير منافعها أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة ،فهو واقع اما على الرقبة وحدها ،واما على المنفعـة وحدها[٢] .

وحيث عرفنا معنى الملكية ،وأنها تنقسم الى ملكية تامة ،وملكية ناقصه فان أسبابها تنحصر فى أربعة أشياء : -

١ - سبب منشئ للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتا فيها وهذا هـو الاستيلاء المباح على الأشياء المباحة التى لا مالك لها ،فان الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن مملوكة لأحد كاحيـاء الأرض الموات ،والصيد ،وحيازة كل مال لا مالك له شرعا وقت حيازتـه كالكلأ ،والأشجار فى الغابات .

٢ - أسباب ناقلة للملك من سلطان شخص الى آخر اختياراً فيحل مالـك جديد محل مالك قديم ،ويشمل ذلك العقود الناقلة للملكية من بيـع وهبة ،وصدقة ،وخلع بالنسبة لبدله ،ونكاح بالنسبة لمهره ،ومـن شأن هذا النوع من الأسباب أن تكون الأموال التى تنقل ملكيتهـا

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المصدر السابق ص ٧٥ .

بسببها مشغولة بالملك قبلها ،فاذا لم تكن مشغولة لا تنعقد سببا للملك ،لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حيز الى آخر، وذلك لا يكون الا اذا كان الملك ثابتا أولا قبل العقد ،ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مباحا من المباحات ،كما لا يصح أن يكون المباح مهرا ،أو بدل خلع ،أو محلا للصدقة ،أو الهبة ،لأن الملكية لم تكن ثابته فى المباح قبل هذه العقود ،فلا يكون ثمة نقل من مالك الى مالك ،فلا يكون مقتضى العقد ثابتا .

٣ - عقود تنقل الملكية ،ولكن بعد وفاة المالك الأول ،وهو عقد الوصية التى تعتبر الملكية بها شبيهة بملكية الميراث فى أنها خلافة عن المالك بعد وفاته ،غير أنها تخالف ملكية الميراث فى أن الخلافة فيها تثبت بارادة الشخص (الموصي) وذلك لأن الوصية عقد ينشئه الموصي ،ويريد به تمليك جزء من ماله لشخص أو لجهة بعد وفاته مع مراعاة ما سنه الشرع فى ذلك من حدود .

٤ - الميراث وفيه ينتقل الملك من المورّث الى الوارث بعد وفاة الأول جبرا عنه ،وذلك بطريق الخلافة التى تثبت بحكم الشرع .

فلا أثر لارادة المورث فى تلك الملكية ،ولذلك كان الملك بالارث اجباريا لا اختيار فيه ،كما أنه لا يسقط بالاسقاط (١).

---

(١) انظر : أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ١٢١ - ١٢٢ .
وانظر : المعاملات الشرعية المالية للشيخ احمد ابراهيم ص ٣٤ - ٣٥ .
وانظر : عقد الوصية - لشيخنا فضيلة الدكتور بدران ص ١ .
وانظر : التركة وما يتعلق بها من الحقوق ص ١٢٢ .

ثانيا : الوصية قبل الاسلام وبعده :

لقد جاء الاسلام والعرب يتوارثون ، ويوصي بعضهم الى بعض ، بل لقد كانت الوصية معروفة عند كثير من الأمم قبل مجيء الاسلام ، اذ كانت سبيلا لتوجيه المال بعد الوفاة الى ما أراد المالك توجيه ماله اليه دون رقابة عليه ودون حدود تحده في ذلك الا مجرد رغبته ، وشهوته ، وكثيرا ما أدى ذلك الى جور شديد ، وجحود أليم ، ونكران أثيم ، فالميراث ينزل حيث توجد القوة والشجاعة في الأفراد ، فجعلوه للرجال المحاربين دون النساء ، والصغار والوصية تسير مع ما جبلوا عليه من الفخر والمباهاة ، فكان الرجل يوصي بكل ماله لمن لا تربطه به رابطة من قرابة أو سبب في حين يذر ذوي قرابته في ساحة العوز والفاقة ، يذرهم عالة يتكففون الناس ، انه نظام فاسد لا يتفق مع ناموس الحياة الصحيحة ، فكان لا بد من تشريع نظام جديد يحقق العدالة اذ جاء على انقاض ذلك الشرع الاسلامي مهذبا لهذا التصرف ، مقوما له على وضع يحقق العدالة والانصاف والحكمة ، ويرفع الجور والظلم ، وكان من حكمة الشارع التي لازمته في جميع تشريعاته أن يأخذهم بالهوادة ويسير بهم في طريق الاصلاح بخطوات وئيدة ثابتة حتى تزول من أنفسهم شوائب الماضي ورواسبه بالتدريج شأنه في ذلك شأنه في الأمور التشريعية الأخرى - فأنزل أول ما أنزل قوله تعالى : " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين[1] " . ففي هذه الآية أوجب الوصية للوالدين والأقربين ، ولم يحدد مقدارها الا أن تكون بالمعروف وفي آخرها يخبر أنه حق على المتقين ، ثم حذر سبحانه من تغيير الوصية

---

(١) سورة البقرة آية : ١٨٠ .

بقوله : " فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم فمن خاف من موص جنفا أو اثما فأصلح بينهم فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم " .[(١)]

ومن هنا عرفوا أن للأقرباء حقا في مالهم وكل تقديره اليهم[(٢)] - حتى إذا ما الفت نفوسهم هذا التشريع الجديد - أنزل الله أحكام المواريث ، وتولى بنفسه توزيع التركة في آيات من سورة النساء بدأها بقوله : " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا "[(٣)] . وهذا الإجمال لم ينس معه الأقرباء غير الوارثين ، بل حث على اعطائهم ، وتطييب خاطرهم ، بقوله تعالى : " واذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا "[(٤)] . ثم بين الأنصباء بعد ذلك بقوله : " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين " الى أن قال : " من بعد وصية يوصي بها أو دين " ، وبعد أن حدد أنصباء الوارثين منع الوصية[(٥)] لهم ، فقال رسول الله

---

(١) سورة البقرة آية ١٨١ ، ١٨٢ .

(٢) لما حذر من تبديل الوصية ، وتوعد عليه بالعقاب بين أن التبديل اذا كان لمصلحة لا إثم عليه ، وذلك عندما يجد الشخص من الموصي ميلا عن الحق خطأ أو عمدا بأن يوصي للأجنبي وقريبه محتاج ، أو يوصي بأكثر من الثلث أو يوصي بطريق ملتويه لترجع الوصية الى من لا تجوز له الوصية كأن يوصي لابن ابنه لتعود الى ابنه وهو وارث ، أو الى زوج ابنته لتعود الى ابنته كذلك . ينظر شلبي : أحكام الوصايا والأوقاف ص ١٠-١١ ، وينظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/ ٢٧٠ .

(٣) سورة النساء آية : ٧ .

(٤) سورة النساء آية : ٨ .

(٥) ينظر المصدر السابق ص ١٢ - ١٣ ، وينظر : التركة ص ١٤٠ - ١٤١ .

- عليه الصلاة والسلام - : " ان الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث"[١]. وفي رواية أخرى رواها الدارقطني[٢] عن ابن عباس[٣] - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله - عليه الصلاة والسلام - : "لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة"[٤] ، وبهذا ظلت الوصية مشروعة بجانب الميراث من غير أن يحدد لها مقدار خاص من المال ، بل كانت متروكة الى الموصي نفسه يوصى بما يشاء مادام في دائرة المعروف يشهد لذلك ما أخرجه الأئمة الستة[٥] في

---

(١) ينظر: منتقي الأخبار مع نيل الأوطار فقد رواه الخمسة الا النسائي عن ابي امامة هـ ٦/ ٤٦ .

(٢) هو أبو الحسن على بن عمر بن احمد بن مهدى الدارقطني الشافعي امام عصره في الحديث، وأول من صنف القراءات ولد بدار القطن من أحياء بغداد سنة ٣٠٦ هـ ، وتوفي سنة ٣٨٥ هـ ، له عدة تصانيف منها : كتاب السنن والضعفاء . انظر: تاريخ بغداد ١٢/ ٣٤ - ٤٠ ، وفيات الأعيان ٢/ ٤٥٩، ٤٦٠ ، طبقات الشافعية ٣/ ٤٦٢، ٤٦٦ ، الاعلام ٥/ ١٣٠ .

(٣) هو أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمى حبر الأمة ، صحابي جليل ، ولد بمكة سنة ٣ هـ ، وقد نشأ في بداية العصر النبوى ولازم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عنه الأحاديث الصحيحة ، وقد فقد بصره فى آخر حياته ، فسكن الطائف ، وتوفي بها سنة ٦٨ هـ . ينظر : الاستيعاب ٢/ ٣٥٠، ٣٥٧ ، الاصابة ٢/ ٣٣٠ ، ٣٣٤ ، الأعلام ٤/ ٢٢٨، ٢٢٩ .

(٤) ينظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٤٦ ، وفي ذلك يقول الامام مالك رحمه الله : " السنة الثابتة عندنا التى لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث : الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت، وأنه ان أجاز له بعضهم وابي بعض ، جاز له في حق من أجاز منهم . ومن أبى أخذ حقه من ذلك قاله يحيى عن مالك : ينظر الموطأ للامام مالك ص ٤٧٨ .

(٥) ينظر : الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية ٤/ ٤٠١ .

في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص[١] : قال : قلت يارسول الله ان لي مالا كثيرا وانما ترثني ابنتي[٢] أفا أوصي بمالي كله ؟ قال : لا ، قال : فبالثلثين قال : لا ، قال : فالنصف ؟ قال : لا ، قال : فبالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، ان صدقتك من مالك صدقة . . . . . . وانك ان تدع أهلك بخير ، أو قال بعيش ، خير من أن تدعهم يتكففون[٣] الناس . أ . هـ بلفظ مسلم .

وقد رواه الجماعة[٤] بلفظ : " انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة[٥] يتكففون الناس " كما يشهد لذلك أيضا ما اخرجه الدارقطني[٦]

---

(١) هو سعد بن مالك بن أهيب ، ويقال له : وهيب القرشي الزهري أبو اسحاق ابن ابي وقاص . روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - كثير وهو أحد العشرة وآخرهم موتا . توفي سنة ٥١ هـ ، وقيل ست وخمسين وقيل غير ذلك .

انظر: الاستيعاب ٢ / ١٨ ، ٢٧ ، الاصابة ٢ / ٣٣ ، ٣٤ ، تهذيب التهذيب ٣ / ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، الاعلام ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢) يريد بذلك أنه لا يرثه من الأولاد الا ابنته ، والا فهو من بني زهره وهم عصبة ، وقد كان ذلك قبل أن يولد له من الأولاد غيرها ، ثم ولد له بعد ذلك من الذكور أربعة ، ومن البنات عدد كثير .

ينظر : أحكام الوصايا والأوقاف للاستاذ / شلبي ص ١٠ - ١١ .

(٣) أي يسألونهم بأكفهم ، يقال تكفف الناس واستكف اذا بسط كفه للسؤال أو سأل ما يكف عنه الجوع ، أو سأل كفافا من طعام .

(٤) انظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٣ .

(٥) عالة : جمع عائل : أي فقراء ، والفعل منه عال يعيل : اذا افتقر .

(٦) انظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٣ ، وقد اخرجه ايضا احمد واخرجه البيهقي ، وابن ماجه والبزار من حديث أبي هريرة بلفظ :

" ان الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث اموالكم زيادة في أعمالكم " نيل الأوطار . الجزء والصفحة نفساهما .

عن أبي الدرداء[1]، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " . وعلى هذا الوضع أستقر أمر الوصية ، وتوفي رسول الله - عليه الصلاة والسلام - وهي مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله ، ثم أجمع العلماء على مشروعيتها في كل العصور لم يخالف في ذلك أحد في كونها مشروعة نقل ذلك الاجماع نقلا مستفيضا حتى لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه قد يمها وحديثها من ذكره ، وانما اختلفوا في صفتها أهي واجبة كما كانت في أول شرعيتها أم نسخ ذلك الوجوب وصارت مندوبة[2] ، هذا ما سنبحثه في موضعه من هذه الرسالة - ان شاء الله تعالى - .

... ...

---

(١) أبو الدرداء : هو عويمر بن مالك ، ويقال عويمر بن زيد ، ويقال عويمر ابن عامر من بلحارث ، مات بالشام سنة أحدى أو اثنتين وثلاثين ، وقد قال عن نفسه - رضي الله عنه - " سلوني فوالذى نفسي بيده لئن فقدتموني لتفقدن رجلا عظيما من أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - .
انظر : طبقات الفقهاء لأبي اسحاق الشيرازى ص ٤٧ .

(٢) ينظر : شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ص ١٣ ، وانظر حاشية الشيخ الباجورى ٢/١٣٧ .

ثالثا : الفرق بين الوصية ، والميراث ، والهبة :

الوصية وان كانت تشبه الميراث فى أن التمليك فيها يكون بعد الوفاة وفى أن أحكامها تقع على تركة الشخص بعد وفاته ، الا أنهما يفترقان من عدة وجوه : -

١ - أن الميراث حق شرعي يثبت بالوفاة للورثة ، ويتعلق هذا الحق بالباقى من تركة الميت بعد التجهيز ، وسداد الديون ، وتنفيذ الوصايا فى حدود ثلث الباقى بعد التجهيز ، وسداد الديون .

أما الوصية ، فهي تصرف انشائى من الموصي نفسه حال حياته لمصلحة غيره فى جزء من ماله ، أو فيه كله ، ومرتبة اخراجها قبل مرتبة الميراث فلا توزيع للتركة على المستحقين بالميراث الا بعد تنفيذ الوصية فى الحدود المقررة شرعا ، فنطاق الارث أوسع من الوصايا .

٢ - اختلاف الدين يمنع الميراث ، ولا يمنع الوصية ، فالوصية أوسع دائرة من الميراث ، كما سيتضح لنا فى مباحث هذه الرسالة .

٣ - الشيء الموروث يدخل فى ملك الورثة دون توقف على ايجاب من المورث وقبول من الورثه ، وذلك لأن الميراث ينقل التركة الى ملك الوارث بمجرد وفاة المورث باعتباره خليفة عن الميت .

أما الشيء الموصي به فى الوصية فتتوقف ملكيته للموصى له على الإيجاب الصحيح ممن يملك اصداره ، وعلى بقائه مصرا عليه حتى الوفاة ، وعلى قبول الموصى لـه . لأن الراجح فى الوصية أنه لا يثبت فيها الملك للموصى له الا بقبوله ، لأن الملك ثبت له من جهة الموصي ، ولا يملك أحد أن يدخل شيئا فى ملك أحد الا برضاه .

٤ - الخلافة فى الوصية تثبت بارادة الشخص الموصي ، فالشخص الموصى له رد الموصي به ، واذا فعل ذلك بطلت الوصية .

أما الميراث فالخلافة فيه اجبارية ،فلا يملك الوارث رد المورث ، بل يدخل فى ملكه جبرا عنه رضي أم لا ،لأن الخلافة فى الارث ثبتت بحكم الشرع لأشخاص عينهم الشارع ،وحدد أنصباءهم ، فليس للمورث أن يدخل فى الورثة من ليس منهم ، وليس له أن يحرم أحدا منهم ، أو يعدل نصيبه بالزيادة ،أو النقصان .

٥ - الأشخاص الذين يوصي لهم لم يعينهم الشارع ،ولم يعين نصيب كل فى القدر الذى تنفذ فيه الوصية ،لأن الوصية قد تكون بعين معينة من أعيان التركة ،وقد تكون بحصة شائعة فى نوع معين فى التركة كلها .

أما الأشخاص الذين يرثون عينهم الشارع ،وحدد أنصباءهم ،ذلك لأن نصيب **الوارث** مع غيره من الورثة يكون دائما حصة شائعة فى التركة كلها بجميع أنواعها[1].

---

(١) ينظر : الوصية للبرديسي ٨/٩ ، وعقد الوصية لاستاذنا الدكتور بدران ٢/١ .

وأما الفرق بين الوصية والهبة أو العطية فى مرض الموت المخوف ففى أمور :-

١ - أن العطية تنفذ فى حينها ،لأنها تصرف فى الحال فتعتبر شروطها وقت وجودها فلو أعتق عبدا ،أو أعطاه انسانا ،صار المعتق حـرا ، وملكه المعطى وكسبه له ،بخلاف مالو أوصي به ،أو دبره لم يعتق ، ولم يملكه الموصي له الا بعد الموت ، وما كسب أو حدث فيه من نماء منفصل فهو للورثة ، وذلك لأن الوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطها بعد الموت .

٢ - أن العطية يعتبر قبولها وردها حين وجودها كعطية الصحيـح ، لأن العطية تصرف فى الحال ، فتعتبر شروطه وقت وجوده .
أما الوصية : فلا يعتبر قبولها ، ولا ردها الا بعد موت الموصي ،لأنها تبرع بعد الموت ،فتعتبر شروطها بعد الموت .

٣ - لا يصح الرجوع فى العطية بعد القبض ،لأنها لازمة فى حق المعطـي ولو كثرت ،وانما منع من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة ، بخـلاف الوصية ،فانه يملك الرجوع فيها ،لأن التبرع فيها مشروط بالمـوت ، فقبل الموت لم يوجد ،فهى كالهبة قبل القبول .

٤ - أن العطية تفتقر الى شروطها المشروطه لها فى الصحة من العلـم وكونها لا يصح تعليقها على شرط غـرر فى غير العتق ، والوصية بخلاف ذلك .

٥ - أن الواهب اذا مات قبل أن يقبض الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثـة ان شاء واقبضوا ، وان شاء وامنعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد المـوت بغير رضاهـم .

٦ - يبدأ بالأول فالأول فى العطيه اذا ضاق الثلث عن جميعها ، لوقوعها لازمة ،أما الوصية فيسوى بين متقدمها ومتأخرها ، ويدخل النقـص

على كل واحد بقدر وصيته سواء كان فيها عتق أو لم يكن ،لأنها تبرع بعد الموت فوجدت دفعة واحده ،وكذلك الحكم في العطايا اذا وقعت دفعة واحده .

هذا وان العطية تأخذ حكم الوصية في مرض الموت المخوف في أشياء هي كالآتي : -

١) أنه يقف نفوذها على خروجها من الثلث ،أو اجازة الورثة .

٢) أنها لا تصح لوارث الا باجازة الورثة .

٣) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ،لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سئل عن أفضل الصدقة فقال[1] : " أن تصدق وأنت شحيح[2] صحيح ،تأمل الغني وتخشي الفقر

---

(١) ونص الحديث : عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : " جاء رجل فقال : " يارسول الله أى الصدقة أفضل ؟ أو أعظم أجرا ؟ قال : " أما وأبيك لتغتأن أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشي الفقر ،وتأمل البقاء ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم ... " الخ رواه الجماعة الا الترمذى عن ابى هريرة . ينظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٤١

(٢) قال : صاحبه المنتهى : الشح بخل مع حرص ،وقال صاحب المحكم الشح مثلث الشين والضم أولى ،وقال صاحب الجامع : كأن الفتح في المصدر والضم في الاسم ،قال : الخطابي فيه أن المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه ،وأن سخاوته بالمال في مرضه لا تمحو عنه سمة البخل فلذلك شرط صحة البدن في الشح بالمال ،لأنه في الحالتين يجد للمال وقعا في قلبه لما يأمله من البقاء ،فيحذر معه الفقر ،قال ابن بطال وغيره " لما كان الشح غالبا في الصحة ،فالسماح فيه بالصدقة أصدق في النية وأعظم للأجر ،بخلاف من يئس من الحياة ،ورأى مصير المال لغيره ، ينظر : المصدر السابق .

ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان كذا " . متفق عليه .

٤) أنها تتزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة ، كتزاحم الوصايا .

٥) أن خروجها من الثلث ، يعتبر حال الموت لا قبله ، ولا بعده[1] .

ومن هنا يتضح لنا أن الوصية عقد يدخل ضمن عقود التبرعات الا أنه عقد عوض في غير مقابل ، كما أن نفاذه يتوقف على وفاة الموصي .

* وهذا هو الأمر الرابع من الأمور التي اشتملت عليها المقدمة .

... ...

(1) انظر : المغني والشرح الكبير ٦ / ٤٩١ ، ٤٩٢ ، ٤٩٣ ، والعدة شرح العمدة ٢٨٨ ، ٢٨٩ ، والوصية ٨ / ٩ ، والمقنع مع حاشيته ٢ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، والمجموع شرح المهذب ١٥ / ٧٧ ، ومابعدها التكملة الثانية ومطالب أولي النهى ٤ / ٤٢٨ ، وكشاف القناع عن متن الاقناع ٤ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .
وانظر : منتهى الارادات جـ ٢ / ٣١ .

الباب الأول

الباب التمهيدى

ويشتمل على الفصول الآتية :

الفصل الأول : تعريف الوصية فى اللغة ، والاصطلاح .

الفصل الثانى : مشروعية الوصية ودليل ذلك .

الفصل الثالث : حكمة مشروعية الوصية .

الفصل الرابع : هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟

الفصل الأول

تعريف الوصية في اللغة والاصطلاح

تعريف الوصية في اللغة :

أصل المادة ينبئ عن الوصول والاتصال ،فاستعمل العرب الفعل وصى كوعى بمعنى اتصل ووصل ،ومنه وصت الأرض وصيا ووصيا ووصاءة ووصاء اتصل نباتها ،ووصيت الشئ بالشئ أصيه وصلته به ووصى النبت اتصل وكثر كما قال بذلك[1] الفيروز بادى[2]

---

(١) ينظر : الفيروز بادى . القاموس المحيط مادة (وصى)

(٢) هو أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم بن عمر الشيرازى الفيروز بادى الشافعى ،ويعتبر من أئمة اللغة والأدب ،وقد ولد بكازون من أعمال شيراز سنة ٧٢٩هـ، وانتقل الى العراق ،وجال مصر والشام ،ودخل بلاد الهند والروم ورحل الى زبيد سنة ٧٩٦ هـ ،وقد أكرمه ملكها الأشرف اسماعيل وقرأ عليه فسكنها ،وولي قضاءها وقد ذاع صيته واشتهر بها ،فكان مرجعا لأهل عصره فى اللغة والأدب ،والحديث ،والتفسير ،وقد توفى سنة ٨١٧ هـ ،فى زبيد ه وقيل سنة ٨١٦هـ، وقيل سنة ٨١٩ هـ .

* ومن مؤلفاته : القاموس المحيط ،وبصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز ،والدرر الغوالى فى الاحاديث العوالى . ينظر : البدر الطالع ٢ / ٢٨٠ ،و ٢٨٤ ،والضوء اللامع ١٠ / ٧٩ ، بغية الوعاة ١١٧/ ١١٨ التاج المكلل ص ٤٦٦ ، ٤٦٩ ،الاعلام ٨ / ١٩ .

قال بن فارس[١] : " والوصية[٢] من هذا القياس ،كأنه كلام يوصى أى يصل .

يقال : " وصيته توصية وأوصيته "

وقد استعمل[٣] القرآن هذه المادة فى أمرين : -

فاستعملها فى الطلب ،حال الحياة فى مثل :

قوله تعالى : " ووصينا الانسان بوالديه حسنا[٤] " .

وقوله تعالى : " ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون[٥] " .

واستعملها فى الطلب بعد الوفاة فى مثل :

قوله تعالى[٦] : " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا[٧] الوصية "

وقوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين[٨] " .

وقوله تعالى : " شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية

اثنان ذوا عدل منكم أو اخران من غيركم ..[٩] "

والوصية[١٠] تطلق على فعل الموصي ،وعلى المال الذى يوصى به .

---

(١) هو ابو الحسين ،احمد بن فارس بن زكريا القزوينى الرازى . ولد سنة ٣٢٩ ، وقد اقام مدة فى همذان ،ثم انتقل الى الرى بالعراق . فتوفى فيها سنة ٣٩٥ هـ ،وقيل ٣٩٠ هـ ،وهو امام بارع فى اللغة والأدب ،فقد قرأ عليه البديع الهمذاني ،والصاحب بن عباد . ومن مؤلفاته : مقاييس اللغة والمجمل ،وحلية الفقهاء ،ينظر:وفيات الاعيان ١٠٠/١ ، ١٠١ ،والأعلام ١٨٤/١ .

(٢) انظر : معجم مقاييس اللغة مادة (وصي) .

(٣) ينظر: أحكام الوصية للشيخ على الخفيف (١)

(٤) العنكبوت : آية "٨"

(٥) الأنعام : آية "١٥٣"

(٦) البقرة : آية "١٨٠"

(٧) خيرا : أى المال الكثير

(٨) النساء : آية "١١"

(٩) المائدة : آية "١٠٦"

(١٠) ينظر : شلبى ،أحكام الوصايا والأوقاف ٢١ ،والكشكى : التركة وما يتعلق بها من حقوق ص ١٤١ - ١٤٢ .

فعلى الاطلاق الأول مصدر أو اسم مصدر مأخوذ من وصيت الشئ بالشئ أصيه اذا وصلته به[١]، ومنه قوله تعالى[٢]: "ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان".

وسمى[٣] فعل الشخص هذا وصية، لأنه لما أوصى كأنه وصل ما بعد الموت بما قبله فى نفوذ تصرفه، أو وصل القربة فى تلك الحال بها فى الحال الأخرى، ومن هنا ندرك مناسبة المعنى اللغوى للمعني الشرعي.

فعلى ذلك لا فرق بين أن يكون الفعل تبرعا بمال أو عهدا الى الغير بتصرف من التصرفات، فمن يوصي لغيره بمال تبرعا منه يكون قد وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة حال حياته، وكذلك من يعهد بشؤن أولاده الى غيره، بعد وفاته، فانه يكون قد وصل مابعد الموت بما قبله فى نفوذ التصرفات.

وعلى الاطلاق[٤] الثانى فهى اسم مفعول، ومنه قوله تعالى[٥]: "من بعد وصية يوصي بها أودين".

فاللغة[٦] لم تفرق بين الوصية والايصاء، كما لم تفرق بين الفعل المتعدى بنفسه أو باللام أو بالى فى أن كلا منها يستعمل فى الوصية والايصاء،

---

(١) ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة ٦/١١٦ مادة (وصى).
(٢) المائدة: آية ١٠٦.
(٣) شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف ص ٢١ / ٢٢.
(٤) المصدر: السابق.
(٥) النساء: آية ١١
(٦) انظر: حاشية ابن عابدين جـ ٦/٦٤٧.

وأن المتعدى بالى[1] يستعمل بمعنى تمليك المال ، وأن كلا من الوصيه والايصاء يأتى لهما .

وأن التفرقة بين المتعدى باللام والمتعدى بالي اصطلاحية شرعية "

يقول صاحب القاموس المحيط[2] : " أوصاه ووصاه توصية عهد اليه والاسم الوصاة والوصية " .

ويقول صاحب المصباح المنير[3] : " وصيت الى فلان توصية وأوصيت اليه بمال جعلته له " .

ويقول القرطبي[4] : " الوصية عبارة عن كل شئ يؤمر بفعله ، وتنفيذه بعد الموت ، وخصصها العرف بما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت ، والجمع وصايا كالقضايا جمع قضية ، وتواصى النبت تواصيا اذا اتصل ، وأرض واصيه متصلة النبات ، وأوصيت له وأوصيت اليه اذا جعلته وصيا ، والاسم الوصاة ، وتواصى القوم أوصى بعضهم بعضا .

وفى الحديث[5] : استوصوا بالنساء خيرا فانما هن عندكم عوان[6] "

اذن فالذى ظهر لنا مما سبق ايضاحه أن اللغة لم تفرق بين الوصية والايصاء ، وانما الذى فرق بينهما أكثر الفقهاء ، فاستعملوا لفظ الوصية فى

---

(١) المصادر السابقة ، وينظر : حاشية ابن عابدين حـ ٦ / ٦٤٧ .

(٢) ينظر الفيروز بادى : القاموس المحيط ٤/ ٤٠٠ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين ، فقد اقتبسه حـ ٦/ ٦٤٧ .

(٤) القرطبى : الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٢٥٩ .

(٥) رواه ابن ماجه ، والترمذى ، وصححه عن عمرو ابن الأحوص .
ينظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار حـ ٦ / ٢٣٦ - ٢٣٧ .

(٦) عوان : جمع عانية ، والعواني : الأسير . قال : الفيروز بادى فى القاموس المحيط : " والعواني النساء لأنهن يظلمن فلا ينتصرن . . . " حـ ٤/ ٣٦٧ . مادة (عنوت) .

التصرف فى المال المضاف لما بعد الموت ، ولفظ الايصاء فى جعل الغير وصيا على من يلي أمره بعد وفاته[١].

فقول صاحب[٢] حاشية الدسوقي : " يقال وصيت له أى بمال ، وأوصيت اليه أى جعلته وصيا ، فهما مختلفان ، وكذلك قول صاحب الدر المختار : (يقال أوصى الى فلان أى جعله وصيا ، وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصيه انما هى تفرقة اصطلاحية قال بها بعض الفقهاء[٣].

تعريف الوصية فى الاصطلاح :

لم تتفق كلمة الفقهاء على تعريف الوصية فى الاصطلاح ، بل اختلفوا فى ذلك ، حتى لقد اختلف أصحاب المذهب الواحد كالمذهب الحنفى فى تعريفها ، على ما سنراه على النحو الآتي : -

أولا : المذهب الحنبلي :

اختلف فقهاء الحنابلة فى تعريف الوصية فى الاصطلاح ، فقد عرفها أبو الخطاب[٤] بأنها :

---

(١) ينظر : شلبى أحكام الوصايا والأوقاف ص ١ / ٢ ، وانظر التركة ص ١٤١-١٤٢

(٢) ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٤٢٢ .

(٣) ينظر : " رد المحتار على الدر المختار " ٦ / ٦٤٧ ، ٦٤٨ .

(٤) هو ابو الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني البغدادى ، الفقيه ، أحد أئمة الحنابلة ، ولد فى سنة ٤٣٢ هـ ببغداد وتوفى بها سنة ٥١٠ هـ ، ومن مؤلفاته : التمهيد فى أصول الفقه .
أنظر : طبقات الحنابلة ٢ / ٢٥٨ ، مختصر الطبقات ص٤٠٩ / ٤١٢ ، الذيل على طبقات الحنابلة ١ / ١١٦ / ١٢٧ ، النجوم الزاهرة ٥ / ٢١٢ ، المطلع ص ٤٥٣ ، المنهج الأحمد ٢ / ١٩٨ ، ٢٠٦ . الأعلام ٦ / ١٧٨ .

" التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث"[١] . وورد[٢] عليه أنـــه يتناول مالا يعد وصية فى الاصطلاح كالعطية فى مرض الموت، الا أن صاحب الشرح الكبير اعترض على ذلك فقال[٣]: " الصحيح أنها ليست وصية، لأنها تخالفها فى الاسم والحكم فى أشياء " على ما بيناه عند الكلام علـــى تبرعات المريض في مرض الموت ، كما لوحظ[٤] عليه أيضا أنه لا يتناول الوصية بما زاد على الثلث ، فانها وصية صحيحة موقوفة على اجازة الورثة ، كمـا لا يتناول الوصية بفعل العبادات ، وقضاء الواجبات ، لأن الوصية بها وصية بواجب ، فكانت لذلك واجبة شرعا ، وليست تبرعا ، كما أنه لا يتناول الوصية بحقوق العباد ، أو الوصية بتأجيل دين ، أو الوصية بقسمة التركـــة أو الوصية ببيع عين معينة من ماله ، أو غيره من المعاوضات ، فكل ذلـــك لا يشمله التعريف .

أما ابن قدامة فقد عرفها بقوله[٥]: " والوصية بالمال ، هى التبرع بــه بعد الموت " .

قال صاحب الانصاف[٦]: " هذا الحد هو الصحيح ، جزم به فى الوجيز وغيره ، وصححه فى الشرح وغيره ، وقدمه فى المستوعب ، وغيره " ويلاحـظ

---

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦ / ٤١٤ ، وانظر : الانصاف ٧ / ١٨٣ ، وانظر : المقنع وحاشيته ٢ / ٣٥٤ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦ / ٤١٤ .

(٤) انظر : المصادر السابقة ، والوصية وأحكامها ٢٧ / ٢٨ .

(٥) ينظر : المغنى والشرح الكبير جـ ٦ / ٤١٤ ، والكافي ٢ / ٤٧٤ ، والانصاف ٧ / ١٨٣ .

(٦) ينظر : الانصاف ٧ / ١٨٣ ، وينظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ٤ / ٣٣٦

على هذا التعريف أنه يرد عليه ما ورد على التعريف الذى سبقه .

كما عرفت فى بعض كتب المذهب بأنها[1] : " الأمر بالتصرف بعد الموت " فهذا التعريف يشمل ايضا الايصاء بمعنى اقامة وصي للنظر فى شؤن الأصاغر من أولاده ، وتزويج بناته ، أو توزيع ثلث ماله ، ونحو ذلك، وذلك لأن هذا التعريف لاحظ عدم اختلاف معنيي الوصية والايصاء فى اللغة .

ثانيا : المذهب الشافعي :

عرّف بعض الشافعية الوصية بأنها[2] : " تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق " ، وعرفها البعض الآخر بأنها[3] : " التبرع به بعد الموت " به أى بالمال ، ويرد على هذين التعريفين ما ورد على التعريف الأول ، والثاني للوصية عند الحنابلة .

ثالثا : المذهب المالكي :

عرّف بعض فقهاء المالكية الوصية بأنها[4] : " عقد يوجب حقا فى ثلث مال عاقده يلزم بموته ، أو يوجب نيابة عنه بعد موته " ومعنى التعريف

---

(١) ينظر : المصدر السابق ، وينظر : التركة ١٤٤ ، وينظر : العدة شرح العمدة ص ٢٩٠ ، ومطالب أولي النهي ٤ / ٤٤١ ، وينظر : نيل المآرب بشرح دليل الطالب حـ ٢ / ١٥ ، وينظر : كشاف القناع عن متن الاقناع حـ ٤ / ٣٣٥ ، وينظر : منتهي الارادات ٢ / ٣٧ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣ / ٣٩ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦ / ٣٩ - ٤٠ ، وانظر قليوبي وعميره ٣ / ١٥٦ .

(٣) انظر : المجموع شرح المهذب ١٥ / ٣٢ ، التكملة الثانية .

(٤) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٤٢٢ ، وانظر : الخرشي على مختصر خليل ٨ / ١٦٧ .

عند هم أن الوصية عقد يترتب عليه أحد أمرين[1] :

الأول : ملكية الموصى له ثلث مال الموصي بعد موته ، بحيث لا يكون العقد لازما الا بعد الموت .

الثاني : نيابة الموصى له عن الموصي فى التصرف ، فالموصي اما أن يوصى بمال ، واما أن يوصى باقامة نائب عنه بعد موته .

وهذا التعريف يرد عليه من المآخذ ما ورد على التعريفات السابقة اذ أنه وان كان قد حدد الوصية تحديدا سلم فيه عن بعض ما تقدم من ملاحظات على التعريفات السابقة ، الا أنه وقع فى أخرى[2] ، وذلك لأنه ينتقض بالوصية بعتق العبد ، أو وقف المسجد أو القنطره ، فان كلا من العتق والوقف ليس فيه أدنى تمليك ، وانما هو فك ملك ، وكذا الوصية بابراء المدين من دينه " .

لكن ابن رشد[3] المالكي عرّف الوصيه بقوله : ان الوصية فى الجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر ، أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه ، سواء صرح بلفظ الوصية ، أو لم يصرح به[4] " .

---

(١) انظر كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣ / ٤٣٣ .

(٢) انظر : الوصية وأحكامها في الفقه الاسلامى ص٢٦ ، وانظر : شرح الرسالة للنفراوى ﺣ ٢ / ١٨٧

(٣) هو محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد ابو الوليد ، ولد بقرطبة سنة ٤٥٠ هـ ، وقيل ٤٠٠ هـ ، وهو من أعيان المالكية ، وكان زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس ، والمغرب ، ومقدمهم المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف ، وله تصانيف منها ، المقدمات الممهدات فى الأحكام الشرعية والبيان ، والتحصيل فى الفقه ، وقد توفي سنة ٥٢٠ هـ ، الديباج المذهب ص ٢٧٨ / ٢٧٩ ، الصله ٢ / ٥٤٦ ، ٥٤٧ ، الاعلام : ٦ / ٢١٠ .

(٤) انظر : بداية المجتهد ٢ / ٣٣٠ ، وانظر : احكام القرآن لابن العربي ١ / ٧٠

ولكن[1] يرد على تعريف ابن رشد للوصية بالهبة بأنه يوهم خللا في التعريف ،لأن الهبة تمليك فى الحال ،والوصية تمليك بعد الموت فبينهما تناف ،وان كان كل منهما بطريق التبرع .

رابعا : المذهب الحنفي :

عرف الحنفية الوصية فى الاصطلاح بتعريفات مختلفة .

فقد عرفها الكاساني[2] بأنها : "اسم لما أوجبه الموصي فى ماله بعد موته" وقد ورد على هذا التعريف بأنه[3] غير جامع ،لأنه لا يشمل الوصية بالواجبات لأنه ما أوجبها على نفسه ،بل هي واجبة بايجاب الشرع .

وقد يجاب[4] عن هذا الايراد ،بأن المراد من قوله : "ما أوجبه الموصي" عام بحيث يشمل ما أوجب أداءه بعد موته ،وعلى ذلك يدخل في تعريفه الوصية بأداء الواجبات .

أما الكرخي[5] من علماء الحنفية فقد عرفها بأنها :

---

(١) انظر : التركة ١٤٤ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٤٨٤٣/١٠ .

(٣) انظر : المصدر السابق ،وعقد الوصيه ٥ .

(٤) انظر : عقد الوصيه ٥ .

(٥) هو أبو الحسن عبد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الكرخي ،فقيه من فقهاء الحنفية ،وقد انتهت اليه رياسة الحنفية فى العراق ،ولد بالكرخ بالعراق سنة ٢٦٠ هـ ،له مصنفات منها : شرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير ،وقد توفي فى بغداد سنة ٣٤٠ هـ . انظر: تاريخ بغداد ٣٥٥،٣٥٢/١٠ ،الفوائد البهية ص ١٠٩/١٠٨ ،والاعلام: ٣٧٤/٤ .

" ما أوجبه الموصي فى ماله تطوعا بعد موته ،أو فى مرضه الذى مات فيه "[1].

وقد ورد على هذا التعريف بأنه غير جامع[2] ، لأن قوله : " ما أوجبه الموصي فى ماله تطوعا بعد موته " لا يشمل جميع أفراد الوصايا ،فانه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التى تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة ،والكفارات ،ونحوها ،فلم يكن الحد جامعا . كما أنه يرد عليه ما أسلفناه من ايرادات على التعاريف السابقة التى اشترطت فى معنى الوصية قيد التبرع أو التطوع .

كما ورد عليه أنه[3] يدخل فى الوصية تبرعات المريض المنجزه فى مرض موته ،وهى لا تعد من قبيل الوصية .

ويمكن أن يجاب[4] عن ذلك بأن يقال لعله أراد أن دخول تبرعات المريض فى الوصية على معنى أنها تأخذ حكم الوصية فى المآل ،وهو حكم مسلم به فى الفقه .

وعرفها صاحب الدر المختار[5] ،وصاحب الكنز[6] وشرحه تبيين الحقائق بأنها : " تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ،سواء كان الموصى

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٣ ،وينظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/ ٤٥٩ .
(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٤٣ و ٤٨٤٤ .
(٣) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٣
(٤) انظر : عقد الوصية ٥
(٥) رد المحتار الى الدر المختار ٦/ ٦٤٨ .
(٦) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ٦/ ١٨٢ ،وانظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠/ ٤١١ ،وينظر : البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/ ٤٥٩ .

به عينا ،أم منفعة ،اذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع " .

وبما أن القيود[١] فى هذا التعريف غير مرتبة كما يفهم من الكيفية التى احترز بها ابن عابدين بهذه القيود ،فانه[٢] ينبغي أن يكون صوغ التعريف هكذا :

" الوصية : هى تمليك بطريق التبرع مضاف الى ما بعد الموت،سواء كان الموصى به عينا ،أم منفعة " . فكلمة (تمليك) جنس فى التعريف تشمل كل تمليك بطريق التبرع أم بالعوض سواء كان فى الحياة أم بعد الممات ،وكلمة : (بطريق التبرع) يخرج بها التمليك بالعوض كالبيع والاجارة ،ومن العلماء من أخرج بقيد (التبرع) الاقرار بالدين لاجنبى ،وليس ذلك بشىء ،لأن الاقرار اخبار واظهار لما فى ذمته من دين ،وليس تمليكا ،وحينئذ فلا حاجة لاخراجه لأنه لم يدخل فى التعريف ،وكلمة : (مضاف الى ما بعد الموت) يخرج بها نحو الهبة فانها تمليك بطريق التبرع فى الحال .

ومن العلماء من قال ان قيد الاضافة الى ما بعد الموت يخرج ماعدا الوصية .

فلا حاجة الى قيد (بطريق التبرع) فى التعريف . ولا ينافى التبرع وجوب الوصية لحقه تعالي ،لأن المراد بالتبرع ما كان مجانا لا بمقابلة عوض ،وليس المراد به ما ان شاء فعله ،وان شاء تركه ،وكلمة (عينا أم منفعة) قيد لبيان الواقع فهو تنبيه على متعلق الوصية ،ويندرج فى العين الموجودة منها بالفعل كالشجرة والقوة كالثمرة المتجددة ،ويندرج

---

(١) انظر : حاشية بن عابدين جـ ٦/ ٦٤٨ .

(٢) ،، : التركة ص ١٤٢ ،وانظر : احكام الوصية ٣ .

فى المنفعة المؤبده ، والمؤقته ، والمطلقه[١] .

وباستعراضنا لهذه التعاريف وما ورد عليها من ملاحظات ، فاننا نستخلص أمورا ثلاثة : -

١ - أن هذه التعريفات جميعها متقاربة فى المعنى والمقصد ، وان كان تعريف الحنفية (تمليك مضاف .. الخ) أدق وأضبط فى الجملة .

٢ - أن الوصية عند بعض الحنابلة ، وبعض المالكية ، قد أريد بتعريفها عندهم ما يشمل الوصية بالمال ، واقامة وصي عن الشخص .

٣ - أن هذه التعريفات جميعها قاصرة غير شاملة لبعض أنواع الوصايا .

ومن أجل ذلك : فاني اختار تعريفا آخر فيه من المرونة ما يجعله شاملا لكل أنواع الوصايا هو[٢] : " تصرف فى التركة مضاف الى ما بعد الموت " ، فهذا التعريف أجمع التعريفات السابقة ، لأنه يشمل كل ضروب الوصايا ، فهو يشمل ما اذا كان الموصى به مالا ، أو منفعة والموصى له من أهل التملك كالوصية للأشخاص المعينين بالاسم ، أو بالصفة ، أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد ، والمصحات وغيرهما ، ويشمل ما اذا كان الموصى به اسقاطا فيه معنى التملك كالوصية بالابراء من الدين ، وما اذا كان الموصى به اسقاطا محضا كالوصية بابراء الكفيل من الكفالة ، وما اذا كان الموصى به حقا من الحقوق التى ليست مالا ولا منفعة ، ولا اسقاطا ، ولكنه حق مالي لتعلقه بالمال ، كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية بأن يباع ماله من فلان ، أو يؤجر له بأجر معين ، وكالوصية بتقسيم التركة ، أو تخصيص بعض الورثة بعينة منها ، ويشمل ايضا بيان طريق الوفاء بما على التركة من حقوق ان كان

---

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٩ - ١٠ .

الموصي قد بين ذلك الوفاء .

فهذا وغيره يعد تصرفا فى التركة ،لأن كلمة " تصرف " عامة ،وكلمة " مضاف الى ما بعد الموت " لاخراج جميع التصرفات حال الحياة فانها لا تسمى وصية ،وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ،لأنها وان أخذت حكم الوصايا فى نهايتها من أنها تنفذ فى حدود ثلث التركة ،وما زاد يتوقف على اجازة الورثة الا أنها تأخذ حكم الهبات فى انشائها من أنه يشترط فى صحتها ما يشترط لصحة التبرعات من كون محلها معلوما عند غير المالكية ،وأنه لا يصح تعليقها بشرط ،كما يشترط فى ثبوت الملك بها القبض من المتملك ،فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان لورثته الخيار ان شاءوا نفذوا العقد ،وان شاءوا منعوه ، بخلاف الوصية فى كل ذلك .

وكلمة " التركة " فى التعريف يراد بها كل ما يخلفه الميت من أموال أعيانا كانت أو منافع ،أو حقوقا مالية تنتقل بالارث ،فتشمل الأعيان المالية بجميع أنواعها سواء تعلق بها حق للغير كحق المرتهن ،أو حق الزوجه فى عين جعلت لها مهر ،أو مات الزوج قبل أن تقبضها ،أو لم يتعلق بها حق لأحد ،كما تشمل المنافع ،لأنها أموال على الرأى الراجح والحقوق المتعلقة بالمال مثل حق التعلي ،وحقوق الارتفاق ،وحق خيار العيب .

ويخرج بما تقدم مالا يعتبر تركة من الحقوق التى لا تنتقل بالموت من المورث الى الوارث سواء كانت حقوقا متعلقة بالمال كحق التصرف فى المال الغير بطريق الوكالة ،أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس، وحق الحضانة ،فان شيئا من ذلك لا يدخل فى التركة ،ومن ثم لا يكون

التصرف فيها المضاف الى ما بعد الموت وصيه .

ولا يعيب هذا التعريف أنه لا يتناول الوصية باقامة وصي على أولاده الصغار ، لأنها ليست تصرفا فى التركة ، بل احداث ولاية عليها ، وذلك لأن هذا النوع من الوصية ضرب آخر من الولاية له حكمه وآثاره ، ويبحث فى أحكام الولاية على المال .

كما أنه لا يعيب هذا التعريف أنه لا يتناول الوصية باجراء عقد من العقود أو بعمل من الأعمال التى تستوجب انفاق مال كالوصية من شخص بأن توقف عين تركته بعد موته على جهة كذا ، وكالوصية بأن تباع عين معينة لفلان بثمن هو كذا ، وكالوصية بعمارة مسجد كذا ، ونحو ذلك ، فان هذا النوع من الوصايا ليس تصرفا فى التركة ، بل هو أمر باجراء تصرف فى التركة .

وقد يجاب عن ذلك : بأن هذا النوع من الوصايا - وان كان باجراء عقد ، أو بقيام بعمل فانه يستوجب فى التركة حقا تتحمله وتنتقل الى الورثة محملة به ، ففى الوصية بالوقف أو بالبيع يكون لمن أريد الوقف عليه ، أو لمن له الولاية عليه ، أو لمن أريد البيع له أن يطالب باجراء هذا الوقف أو البيع ، ويطلب اقامة وصي لتنفيذ هذه الوصية رضي الورثة أم أبوا وفاء لحقه .

يقول الشيخ على الخفيف[1] بعد أن ساق هذا الايراد والاجابة عليه " ولا شك أن ايجاب حق فى التركة بعد أن لم يكن يعتبر تصرفا فيها

---

(١) انظر : أحكام الوصيه ص٦ ، وأحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبى ٣٣/٣٤ ، وعقد الوصية ٥/٦ ، والتركه ١٤٢ ومابعدها .

اذ لا يراد بالتصرف الا التزام الذى ينشأ عنه حق فى التركة .

وبهذا الاعتبار يكون التعريف متناولا ايضا لهذا النوع من الوصايا من ناحية أنه تصرف يستوجب فى التركة حقا بعد الوفاة .

*** *** ***

الفصل الثاني

مشروعية الوصية ودليل ذلك

الأصل في مشروعية الوصية الكتاب، والسنة، والاجماع، والمعقول .

فأما الكتاب فيدل لذلك أولا :

قوله تعالى[١] : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين * فمن بدله بعد ماسمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم " .

ووجه[٢] الاستدلال بالآية الكريمة من وجهين : -

الأول : أن معنى كتب فرض والزام، ولا بد من أن يكون ما يفرضه الله سبحانه ويلزم به المكلف مشروعا، والا لكان فيه تناقض .

الثاني : دلت الآية الكريمة على حرمة التغيير والتبديل في الوصية بدليل ترتيبها الاثم على التبديل، الذي لا يكون الا على فعل محرم أو ترك واجب، فدل بذلك على مشروعيتها، لأنها لو كانت غير مشروعة لما حرم التبديل بل لوجب .

ويدل لذلك ثانيا قوله تعالى[٣] : " ياأيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض " .

---

(١) البقرة : آية ١٨٠، ١٨١ .

(٢) ينظر : الوصية وأحكامها ص ١٠٤ .

(٣) المائدة آية ١٠٦ .

ووجه[1] الاستدلال بالآية الكريمة من وجهين : -

الأول : أنه تعالى حث المؤمنين على الاشهاد على الوصية ، فدل ذلك على مشروعيتها ، اذ أن الحث على شيء ذا متعلق يدل على مشروعية متعلقة ، كما يدل على مشروعية نفسه .

الثاني : أنه سبحانه نزّل الاشهاد من الوصية منزلة الحكم من موضوعه ولما كان الاشهاد مندوبا اليه كان مشروعا ، فعلم بذلك أن موضوعه كذلك ، والا فليس بمعقول جعل ما ليس بمشروع موضوعا لما هو مشروع .

ويدل لذلك ثالثا : قوله تعالى[2] في سياق أيتي المواريث من سورة النساء : " من بعد وصية يوصي بها أو دين ... " .

ووجه الاستدلال بهذه الآية :

أنه سبحانه وتعالى قرن الوصية بالدين الواجب الأداء فدل ذلك على جوازها بالمعنى الأعم ، وقدمت الوصية على الدين للاهتمام بشأنها ، ولأن النفس قد لا تسمح بها لكونها تبرعا ، أو لأنها كانت على وجه البر والصله ، والدين يقع بعد الميت بنوع تفريط - فبدأ بالوصية لكونها أفضل أو لأنها حظ الفقير غالبا ، والدين حظ الغريم ، ويطلبه بالقوة أو لأجل ذلك كله ، والا فان الدين مقدم عليها شرعا بعد مؤنة التجهيز بلا نزاع[3] .

---

(١) ينظر : المصدر السابق ، وينظر بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٣٧ .

(٢) النساء : آيتي ١١ ، ١٢ .

(٣) ينظر : الوصية وأحكامها ١٠٥ ، وينظر : الأسئلة والأجوبة الفقهية ٧ / ٧١ .

وأما السنة فيدل لذلك : -

أولا : مارواه الجماعة(١) عن ابن عمر(٢) - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق أمرئ مسلم يبيت ليلتين(٣) وله شيء يريد أن يوصي فيه الا ووصية مكتوبة عند رأسه " .

وفى رواية للبيهقي وأبى عوانه " ليلة أو ليلتين " ولمسلم والنسائى " ثلاث ليال " .

---

(١) ينظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٣٨ ، وفتح البارى ٥ / ٣٥٨ .

(٢) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوى ، صحابي جليل نشأ فى الاسلام ، وهاجر مع أبيه الى المدينة ، وشهد فتح مكة . ولد سنة ١٠ فى مكة ، وتوفى فيها ، وفقد بصره آخر حياته ، وهو آخر من توفي من الصحابة فى مكة ، له من الأحاديث ٢٦٣٠ حديثا ، ووفاته قبل سنة ٧٣ هـ ، وقيل ٦٣ هـ . الأعلام ٤ / ٢٤٦ ، الاصابة ٢ / ٣٤٧ ، والاستيعاب ٢ / ٣٤١ ، ٣٤٦ .

(٣) قال ابن حجر في الفتح : وكأن ذكر الليلتين والثلاث لرفع الحرج لتزاحم أشغال المرء التى يحتاج الى ذكرها ففسح له هذا القدر ليتذكر ما يحتاج اليه ، واختلاف الروايات فيه دال على أنه للتقريب لا للتحديد والمعنى لا يمضى عليه زمان وان كان قليلا الا ووصيته مكتوبة ، وفيه اشارة الى أغتفار الزمن اليسير ، وكأن الثلاث غاية للتأخير ، ولذلك قال ابن عمر : " لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول ذلك - يقصد - قوله - صلى الله عليه وسلم - " يبيت ثلاث ليال " من رواية مسلم ، والنسائى من طريق الزهرى عن سالم عن أبيه الا ووصيتى عندى . قال الطيبي : فى تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح فى ارادة المبالغة ، أى لا ينبغي أن يبيت زمانا ما ، وقد سامحناه فى الليلتين والثلاث فلا ينبغى له أن يتجاوز ذلك . ينظر : فتح البارى حـ ٥ / ٣٥٨ ، وينظر : شرح موطأ مالك للزرقاني ٣ / ٣٣٨ .

ومعني الحديث : ما الحزم والاحتياط للمسلم الا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، قال بذلك الشافعي[(١)] ، وكذا قال الخطابي[(٢)] ، فيستحب تعجيلها ، وأن يكتبها في صحته ، ويكتب فيها ما يحتاج اليه ، لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك .

ويدل لذلك ثانيا : ما رواه الدارقطني[(٣)] عن أبي الدرداء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم ، فقد أفاد هذا الحديث أن الوصية قربة يتقرب بها الانسان الى الله عز وجل في آخر حياته كي تزداد حسناته أو يتدارك بها ما فاته .

ويدل لذلك ثالثا : ما رواه[(٤)] أبو داود[(٥)] ، والترمذي[(٦)]

(١) منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٣٨ ، وينظر : صحيح مسلم بشرح النووي ١١ / ٧٤ .

(٢) تنوير الحوالك مع شرح موطأ مالك حـ ٢ / ٢٢٨ ، وينظر فقه السنة صـ ٤١

(٣) سبق تخريجه .

(٤) منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٢ .

(٥) هو سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشر الأزدي السجستاني . ولد سنة ٢٠٢ هـ ، وهو امام أهل الحديث في عصره ، وقد توفي بالبصره سنة ٢٧٥ هـ ، وتصانيفه كثيره منها : كتاب السنن وله المراسيل . ينظر تاريخ بغداد ٩ / ٥٥ ، ٥٩ ، والأعلام ٣ / ١٨٢ ، وتذكرة الحفاظ ٢ / ٥٩١

(٦) هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الضحاك السلمي البوغي الترمذي ، الحافظ المشهور . ولد سنة ٢٠٩ هـ من أهل ترمذ ، وهو من أئمة الحديث وحفاظه ، وقد تتلمذ على البخاري ، وقام برحلة الى خراسان ، والعراق ، والحجاز ، وفقد بصره في آخر عمره ، توفى سنة ٢٧٩ هـ وقيل ٢٧٥ هـ ، وله تصانيف منها : الجامع الكبير في الحديث ، والعلل

= =

عن ابي هريرة[1] - رضي الله عنه - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ان الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران فى الوصية فيجب لهما النار ، ثم قرأ أبو هريرة قوله تعالى[2] : " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار[3] وصية من الله " الى قوله " وذلك الفوزالعظيم " ولأحمد وابن ماجه معناه ، وقالا فيه " سبعين سنه "[4] ففيه وعيد شديد ، وزجر بليغ ، وتهديد ، لأن مجرد المضارة فى

== فى الحديث ، ينظر : وفيات الأعيان ٣/ ٤٠٧ ، تهذيب التهذيب ٩/ ٣٨٧ ، الأعلام ٧/ ٢١٣ .

(١) هو ابن عامر بن عبد ذى الشرى بن طريف بن عتاب بن أبي صعب الدوسي ، أختلف فى أسمه اختلافا كثيرا ، وأشهر ما قيل فيه : ان اسمه كان فى الجاهلية عبد شمس بن عامر ، فسماه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عبد الرحمن ، وكني بأبى هريرة ، لأنه وجد هرة فحملها فى كمه ، فقيل له : أبو هريرة ، ولد سنة ٢١ ق هـ ، أسلم سنة ٧ ، وقد لزم النبى - صلى الله عليه وسلم - .

وكان أكثر الصحابة حفظا للحديث ورواية له ، فقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم ٥٣٧٤ حديثا ، أقام بالمدينة ، وتوفى فيها سنة ٥٩ هـ : انظر الاستيعاب باب الكنى ٤/ ٢٠٢ - ٢١٠ ، الاصابة ٢/ ٤٠٣ ، باب الكنى ٤/ ٢٠٢ ، ٢١١ ، تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٢٧٠ ، الأعلام ٤/ ٨٠ ، ٨١ .

(٢) النساء آية ١٢ .

(٣) أى لتكن وصيته مبنية على العدل لا على الاضرار والجور والحيف بأن يحرم بعض الورثة ، أو ينقصه ، أو يزيده على ما فرض الله له من الفريضة ، فمن سعى الى ذلك كان كمن ضاد الله فى حكمه وشرعه تفسير ابن كثير ١/ ٤٦١ ، وانظر : المبسوط للسرخسى ٢٧ - ١٤٤ .

(٤) قال الشوكاني : الحديث حسنه الترمذى ، وفى اسناده شهر بن ==

فى الوصية اذا كانت من موجبات النار بعد العبادة الطويلة في السنين المتعددة فلا شك أنها من أشد الذنوب التى لا يقع في مضيقها الا من سبقت له الشقاوه ، وقراءة أبي هريرة للآية لتأييد معنى الحديث وتقويته ، لأن الله سبحانه قيد ما شرعه من الوصية بعدم الضرار ، فتكون الوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله ، وما كان كذلك فهو معصية .

ووصية الضرار من الكبائر كما ثبت ذلك عن ابن عباس[1] - رضي الله عنهما - مرفوعا ، وموقوفا باسناد صحيح .

ويدل لذلك رابعا :

ما رواه[2] الجماعة عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : " جاءني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعودني من وجع اشتد بي ، فقلت يارسول الله - قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا قلت : فالشطر يارسول الله ؟ قال : لا قلت فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير أو كبير .... الخ " وقد سبق سياق هذا الحديث على

== حوشب ، وقد تكلم فيه غير واحد من الأئمة ، ووثقه أحمد بن حنبل ويحى بن معين ، انظر: نيل الأوطار ٤٢/٦ .

(١) المرجع السابق ص ٤٠ ، فقد رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح ، ورواه النسائي مرفوعا ، ورجاله ثقات ، ولفظه " الاضرار فى الوصية من الكبائر " .

(٢) ينظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٤٣ .

وجه آخر عند الزيلعي عند الكلام على مشروعية الوصية بعد مجيء الاسلام . فقد دل على مشروعية الوصية وبالقدر الذى حدده رسول الله - عليه الصلاة والسلام - .

* وأما الاجماع[1] ،فان الأمة من لدن رسول الله - عليه الصلاة والسلام - الى يومنا هذا يوصون من غير نكير من أحد فكان هذا اجماعا من الأمة على ذلك .

* وأما المعقول : فهو أن الوصية استخلاف من العبد لغيره فى ماله ، فيجوز كما يجوز استخلاف الشارع فى الميراث، الا أن الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث حفظا لحق الورثة فأبقى لهم الثلثين ،لأن حقهم تعلق بماله ،لانعقاد سبب الزوال اليهم ،وهو استغناؤه عن المال بالموت ،الا أن الشارع أظهر لهم هذا الحق الذى تعلق بماله فى الثلثين ولم يظهره فى الثلث الباقي ليمكنه أن يتدارك ما فاته فى حياته من القربات أو تصرّ فيه ،فيوصي للأجنبي بما لا يزيد على الثلث[2] .

... ...

---

(١) ينظر : الوصية ص ٣٣ ، وفقه السنة ٣/ ٤١٥ ،وينظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق جـ ٦/ ١٨٢ ،ونتائج الأفكار ،فى كشف الرموز والأسرار ١٠/ ٤١٥،وبدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٣٨ .
وينظر : مطالب أولى النهى ٤/ ٤٤٢ .

(٢) انظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠/ ٤١٦٠ ،ومابعدها وانظر : الوصية ٣٣ ،وانظر : التركة ١٤٨ .

الفصل الثالث

حكمة مشروعية الوصية

بعد أن تكلمنا على الأصل في مشروعية الوصية ، وعرفنا أن الأصل في ذلك الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول ، وبينا وجه ذلك من هذه الأدلة نقول : انها شرعت عند توافر اسبابها وبواعثها الشرعية ، لحكم جليل ، ومقاصد سامية ، وأهداف نبيلة ، تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ورجاء الثواب والأجر ، والدرجات العالية في الآخره ، فلم يشرع الله شيئا الا وفيه جلب مصلحة للعبد أو درء مفسده عنه فما جعل الله الوصية في حدود الثلث الا مراعاة لمصلحة الانسان ليتدارك ما فاته - قبل أن تأتي ساعته وينقضي أجله - من فعل الواجبات ، وأعمال البر والرحمة التي تعود عليه وعلى غيره من الأفراد والجماعات بالنفع الشامل والخير العميم ، فقد يريد الانسان أن يكافئ من أسدى اليه جميلا ، أو تدم نحوه معروفا ويساعد غير ورثته من أقربائه وأحبائه دفعا لعوزهم ، ويسد خلة المحتاجين ، ويخفف الكرب عن اليتامى ، والمساكين ، والضعفاء ، والبائسين على أن يلتزم في ذلك المعروف ، وهو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط وأن يتجنب الاضرار في الوصية ، لقوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله "(1). ولما ثبت عن ابن عباس(2)

---

(1) سورة النساء : آية : ١٢ .

(2) رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح ، ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقات ، نيل الأوطار جـ ٦/ ٤٠

* والنسائي هو : الامام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن ==

- رضي الله عنهما - : " الاضرار فى الوصية من الكبائر "

اذن فالوصية تحقق الغرض الدنيوى كما تحقق الغرض الأخروى متى التزم فيها عدم الاضرار ، فالموصي بوصيته ، تكثر حسناته وتزداد من البر أعماله ، يقول - صلى الله عليه وسلم - فى ذلك : " ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم " .

وفى ذلك أيضا يقول[1] الكاسانى : " فان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة ، على ما نطق[2] به الحديث ، أو تداركا لما فرط منه فى حياته ، وذلك بالوصية ، وهذه العقود ما شرعت الا لحوائج العباد اليها ، فاذا مست الحاجة الى الوصية وجب القول بجوازها " .

== على بن سنان بن بحر الخراساني القاضي ، وقال بعضهم ، أحمد ابن علي شعيب ، ولد بنسا مدينة بخراسان سنة ٢١٥ هـ ، وقيل ٢١٤ هـ ، وكان امام عصره فى الحديث له كتاب السنن ، واستوطن مصر ، وانتشرت بها تصانيفه ، ثم رجع الى دمشق وامتحن فيها - وتوفى بسبب هذه المحنة ، وقيل انه توفي بمكة سنة ٣٠٣ هـ .
- انظر : وفيات الأعيان ١/٥٩/٦٠ ، تذكرة الحفاظ ٢/٦٩٨ ، ٧٠٠ الأعلام ١/١٦٤ ، والرسالة المستطرفة ص ١١ ، ١٢ .

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٣٨

(٢) ونصه : " ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم " . وقد سبق تخريجه .

كما يقول صاحبا الهداية[١] ، وتبيين الحقائق[٢] في الحكمة من تشريع الوصية : " ان الوصية شرعت لحاجة الناس اليها ، لأن الانسان مغرور بأمله ، مقصر فى عمله ، فاذا عرض له عارض ، وخاف الهلاك ، فانه يحتاج الى تلافى ما فاته من التقصير ، وبالوصية يحصل مقصوده اذا تحقق ما كان يخافه ، ولو اتسع له الوقت ، واحتاج الى الانتفاع بماله ، صرفه الى حاجته ، فشرعها الشارع تمكينا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح " .

... ...

---

(١) انظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠ / ٤١٣ / ٤١٤ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦ / ١٨٢ ، وانظر : الوصية ٣٣ - ٣٤ ، وانظر : عقد الوصية لشيخنا الدكتور بدران ١١ .

الفصل الرابع

هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟

انفرد الحنفية[(١)] بالقول بأن القياس يأبي جواز الوصية ، معللين ذلك بأن الوصية عقد تمليك مضاف الى ما بعد الموت ،والموت مزيل للملك ،فتقع الاضافة الى زمان زالت الملكية فيه ،فلا يتصور التمليك فيه ،فلا يصح ،لأنه لو أضيف التمليك الى زمان قيام الملكية ، بأن قال : " ملكتك غدا هذا الشئ كان باطلا فهذا من باب أولى ،الا أن الشارع أجازها استحسانا لحاجة الناس اليها ،لأن الانسان مغرور بأمله ،مقصر فى عمله ،ولأن الملكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت ،بل تبقى مالكيته بعده فى حق ما يحتاج اليه كما فى قدر التجهيز والدين ،ومنه الوصية بقدر الثلث ،وقد قالوا فى الاجارة مثل ما قالوا فى الوصية من أنها لا تجوز قياسا بل جازت على خلاف القياس ،لما فيها من تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان .

وفى هذا القول[(٢)] من الحنفية نظر : ذلك أنه مقبول على تفسير القياس عندهم ، أما اذا فسروه بمعناه الأعم الأوسع ،وهو أن كل ما يحقق المصالح الراجحة للناس ،ويفى بحاجاتهم ،ويمكنهم من استدراك ما فاتهم من التقصير ،ويدفع عنهم العسر والحرج ،أو فسروه

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٨٢/٦ ،وانظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ٤١٣/١٠ ،٤١٤ ،وانظر البحر الرائق ٤٦٠/٨ ،وانظر: بدائع الصنائع ٤٨٣٧/١٠ ،والهداية شرح بداية المبتدى ٢٣١/٤ .

(٢) انظر : عقد الوصية ١٠ .

بكل ما تقتضيه الأصول الشرعية والقواعد الفقهية المقررة مما يحقق مبادئ العدالة ،والبر والرحمة ، ولا غبن فيه ولا غرر ،اذا فسر القياس بهذا الوجه ،فليس فى الوصية ما يخالف قواعد الشرع لا سيما وأن نصوص الشرع قد جاءت بمشروعيتها تحقيقا لمصالح العباد والشرع ،لا يأتى بما يخالف مقتضى العقل السليم ،ولا القياس الصحيح .

ويؤيد ذلك ما قاله ابن قدامة[(١)] : " وأجمع[(٢)] أهل العلم فى كل عصر على جواز الاجارة الا ما يحكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه قال : " لا يجوز ذلك ،لأنه غرر ،يعنى أنه يعقد على منافع لم تخلق وهذا غلط ،لا يمنع انعقاد الاجماع الذى سبق فى الأعصار ،وسار فى الأمصار ،والعبرة ايضا دالة عليها ،فان الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الأعيان ،فلما جاز العقد على الأعيان ،وجب أن تجوز الاجارة على المنافع ،ولا تخفى حاجة الناس الى ذلك ،فانه ليس لكل أحد دار يملكها ،ولا يقدر كل مسافر على بعير ،أو دابة

---

(١) ابن قدامة هو الامام شيخ الاسلام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامة بن مقدام بن نصر بن عبد الله المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الفقيه الحنبلى ،من أكابر الحنابلة ،ولد سنة ٥٤١ هـ بجماعيل من قرى نابلس بفلسطين ،وقدم دمشق مع أهله وهو ابن عشر سنين ،فقرأ القرآن ،وحفظه،وحفظ مختصر الخرقي واشتغل بالعلم ورحل الى بغداد سنة ٥٦١ هـ ثم رجع الى دمشق وبها توفى سنة ٦٢٠ هـ ،له تصانيف منها : المغنى شرح مختصر الخرقي ،والكافي ،والمقنع ،والعمده في الفقه ،وروضة الناظر في اصول الفقه ،انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ٢/١٢٣/١٤٩ . المطلع ص ٤٢٦/٤٢٧ ،الاعلام ٤/١٩١/١٩٢ .

(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٣ .

يملكها ،ولا يلزم أصحاب الأملاك اسكانهم ،وحملهم تطوعـــــا وكذلك أصحاب الصنائـــع يعملون بأجر ،ولا يمكن كل أحد عمل ذلـك ولا يجد متطوعا به ،فلا بد من الاجارة لذلك ،بل ذلك مما جعلـــه الله تعالى طريقا الى الرزق حتى أن اكثر المكاسب بالصنائع وماذكره من الغرور لا يلتفت اليه مع ما ذكرناه من الحاجة ،فان العقد علـــى المنافـع لا يمكن بعد وجودها ،لأنها تتلف بمضى الأوقات ،فاحتيـــج الى العقد عليها قبل وجودها كالسلم فى الأعيان .... ".

*** *** ***

الباب الثاني

الباب الثاني

في تكوين الوصية وأركانها وفيه فصلان :

الفصل الأول : صيغة الوصية وفيه مباحث :

المبحث الأول : ألفاظ الوصية

المبحث الثاني : في الايجاب والقبول ، وبم يتحقق كل منهما ؟

المبحث الثالث : وقت ثبوت الملكية للموصى له .

المبحث الرابع : رد الوصية من الموصى له .

المبحث الخامس : تعليق أو اقتران الوصية بالشرط .

المبحث السادس: اضافة الوصية .

الفصل الثاني : في أركان الوصية .. وفيه مبحثان : -

المبحث الأول : معنى الركن والفرق بينه وبين الشرط .

المبحث الثاني : الخلاف في أركان الوصية ، وبيان الراجح .

المبحث الأول

الفاظ الوصيه

صيغة الوصية سابه وجودها ،وتحققها فى الخارج من كل مايدل على تصرف ،او التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداء بعد الوفاة بحق من الحقوق ،ذلك لأن الصيغة هى المظهر الخارجى الذى يعبر عما فى النفس من رغبات فى انشاء العقود ، والتصرفات ،وهى التى تناط بها الأحكام دون الارادة الباطنة التى هى العزم والنية .

فكل ما يعبر عن الارادة الباطنة تعبيرا صادقا يصلح أن يكون صيغة للتصرف سواء كان كلاما أوكتابة أواشارة ،غير أن الأصل فى التعبير عما فى النفس هو الكلام ،لأنه الطريق للتفاهم بين الناس فى جميع الأحوال .

لذا صح انشاء التصرف بكل كلام مفيد دال على مقصود المتصرف بأى لغة كانت عربية أو غير عربية ،فصيحة كانت أو غير فصيحة ،حقيقة كان أو مجاز متى كان واضحا مفهوم الدلالة ،وهذا من غير خلاف بين الفقهاء.[1]

فتنشأ[2] الوصية بكل عبارة دالة عليها سواء كان ذلك بلفظ صريح كقوله : "أوصيت لك بكذا ،أو وصيت لزيد بكذا ،أو أعطوه من مالى بعد موتى كذا ،أو ادفعوه اليه بعد موتى ،أو جعلته له بعد موتى

---

(١) انظر : أحكام الوصية لعلى الخفيف ٦٨ ،والوصية للبرديسي ١٣ . واحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبى ٣١ ، ٣٢ .

(٢) انظر كتاب : الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ٤٤١ .

أو هوله بعد موتي ،أو هوله من مالي بعد موتي ونحو ذلك مما يؤدى معناها[1] كملكته له بعد موتي ،أو كان ذلك كناية[2] ،لكن يفهم منها الوصية بالقرينة الدالة عليها كقوله : " اعطوا الشئ الفلانى لفلان بعد موتي[3] " . ومثله لو قال : " رجل فى مرضه ،أو صحته ان حدث لي حادث فلفلان كذا فهذا وصية ،وكذلك لو قال لفلان الف درهم من ثلثي فهذا وصية وان لم يذكر فيها الموت " لاشتهار هذا التعبير فى الدلالة على الوصية ،ولأن كلمة ثلثي قد اشتهرت فى الوصايا فصارت دالة على ثلث التركة ،بخلاف ما لو قال : " أوصيت أن لفلان فى مالي ألف درهم " ،فهذا اقرار لأن أوصيت لما دخلت على ان المصدرية صارت مستعملة بمعنى ذكرت ،فالألف فى أن اقرار ،والاقرار مؤاخذ به وقد وجد نفاذه فى موضوعه فلا يكون كناية فى الوصية .

لأن مثل هذا التعبير اقرار صريح ،لكن[4] لو قال : " هوله من مالي " فيصح كناية عن الوصية ،لأنه مثل ما لو قال : " عينته له " فهذا كناية ،لأنه يحتمل التعيين للتمليك بالوصية ، والتعيين للاعارة كالبيع ،بل انعقاد الوصية بالكناية أولى ،لأنها لا تفتقر الى القبول فى الحال فأشبهت ما يستقل به الانسان من التصرفات " .

---

(١) انظر : كشاف القناع ٤/٣٤٥ .

(٢) انظر : الخرشى على مختصر خليل ٨/١٦٩ ،وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤/٤٢٣ .

(٣) انظر : البحر الرائق ٨/٤٦٣ / ٤٦٤ ،والوصية ١٣ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٦/١٤٠ ،ومغنى المحتاج ٣/٥٢ - ٥٣ ، ونهاية المحتاج ٦/٤٦ .

ومثل الاقرار فى عدم دخوله فى باب الوصية ما لو[1] قال شخص : " وهبته له بعد موتى " ، واقتصر على " وهبته " ونوى الوصية فالأصح أنه لا يكون وصية ،لأنه أمكن نفاذه فى موضوعه الصريح وهو التمليك الناجز ،فلا يكون كناية فى الوصية .

واذ قلنا فيما سبق ان الوصية تنعقد باللفظ الدال على معنى الوصية وضعا أو عرفا أو بمعونة قرينة تدل عليها ، فقد نصت المادة[2] الثانية من القانون المصرى على : " أن الوصية تنعقد بالعبارة أو بالكتابة ... " وقد فسرنا المقصود بالعبارة آنفا .

ومما سبق لنا بيانه ،اتضح أن الفقهاء متفقون على أن الوصية تنعقد بكل لفظ دال عليها صراحة ،أو كان فى دلالته مايشعر بذلك بواسطة قرينة ،على أن المراد بالعبارة فى المادة التى أشرنا اليها عبارة الموصي ،فلو صدرت العبارة من غيره ،كان ذلك لاغيا ،واحتيج لنفاذ الوصية ،اجازتها واقرارها من الموصي نفسه .

... ...

---

(١) انظر : المصادر السابقة ، وانظر : حاشية بن عابدين ٦/ ٦٥٠

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣

المبحث الثاني

في الايجاب والقبول في الوصية وبم يتحقق كل منهما

يحسن بنا قبل أن نبحث ما يتحقق به كل من الايجاب والقبول في الوصية ،أن نشير الى أنه ورد الخلاف في : هل الصيغة هي الايجاب وحده ؟ أو هي مجموع الايجاب والقبول ؟

وبما أن الصيغة هي أحد أركان الوصية المنشئة لها ،فقد رأيت من الملائم بحث هذا الخلاف في محله الذي سيأتي عند الكلام على أركان الوصية في الفصل الثاني من هذا الباب - ان شاء الله تعالى - .

فأما ما يتحقق به كل من الايجاب والقبول فنقول :-

أولا : ما يتحقق به الايجاب ؟

يتحقق الايجاب في الوصية باللفظ ،أو بالكتابة ،أو بالاشارة .

انعقاد الايجاب باللفظ :

يتحقق الايجاب في الوصية باللفظ الدال على معناها وهو التمليك المضاف الى ما بعد الموت بغير عوض ،سواء كان بلفظ صريح كقول الموصي : " أوصيت لفلان بكذا ،أو هذا وصية لفلان ،أوكان بلفظ غير صريح ،ولكن يفهم منه الوصية بقرينة كقول الموصي : " هذا هبة لفلان بعد موتي "،أو قوله : " اعطوا فلانا كذا بعد موتي "، أو ملكتك داري هذه بعد موتي .

فالايجاب فى الوصية ينعقد بكل لفظ يدل على معناها وضعا أو عرفا ،أو بمعونة قرينة من القرائن ، ولا يتعين له لفظ مخصوص[(١)] ، فقد جاء فى تكملة البحر : " لو قال لفلان الف درهم من ثلثى ، فهو وصيه ، لاشتهار هذا التعبير فى الدلالة على الوصية ولأن كلمة ثلثي قد اشتهرت فى الوصايا فصارت دالة على ثلث التركة ، ومثله لو قال شخص: سدس مالي لفلان ، أو ربعه مثلا ثم مات بعد ذلك ولم يكن من فلان قبض لهذا المال ، كان ذلك وصية استحسانا ، اذا كان قد قال ذلك فى خلال الوصايا ، لأن ذكره فى خلال الوصايا قرينة دالة على ارادة الوصية[(٢)] .

وهذا ما نطق به قانون الوصية المصري فى مادته الثانيه فقد جاء[(٣)] فيها : " تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة ، فاذا كان الموصي عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية باشارته المفهمة " .

والمراد بالعبارة كل عبارة ملفوظة تفيد معنى الوصية وتدل عليه بأى نوع من أنواع الدلالات ، وبأى لغة من اللغات ، وقد سبق الاشارة الى ذلك ، ومثل ذلك فيما تقدم فى جميع المذاهب .

انعقاد الايجاب بالكتابه فى الوصية :

انعقاد الايجاب فى الوصية بالكتابة من العاجز عن النطق يعتبر صحيحا تترتب عليه صحة الوصية بلا خلاف .

---

(١) الوصية ١٣ ، وانظر : كشاف القناع ٤/ ٣٤٥ وانظر : الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٩ .

(٢) الوصية ١٣ ، وينظر : البحر الرائق ٨/ ٤٦٣/ ٤٦٤ .

(٣) شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

أما انعقاد الايجاب فى الوصية بالكتابة من القادر على النطق فهو محل خلاف بين المذاهب ، ففى المذهب الحنفي[(١)] : يجوز انعقاد الايجاب فى الوصية بالكتابة ، بل يسوى بين العبارة والكتابة لمن قدر عليهما ، ففى حاشية ابن عابدين نقلا عن النهاية " اذا كتب وصيته بيده ، ثم قال اشهدوا على ما فى هذا الكتاب - جاز استحسانا - وان كتبها غيره لم يجز " .

أما المذهب المالكي : فقد أفصح عنه ما جاء فى المدونة[(٢)] الكبرى " أن الشخص اذا كتب وصيته ، ولم يقرأها على الشهود ، ورفعها اليهم مكتوبة ، وقال لهم اشهدوا علىّ بما فيها ولم يعاينوه حين كتبها ، فان ذلك جائز اذا عرفوا أنه الكتاب بعينه " .

وأما المذهب الحنبلي ففيه روايتان[(٣)] عن الامام أحمد : -

الرواية الأولى : أن من مات ، فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ، ولم يشهد فيها وعرف خطه ، وكان مشهور الخط يقبل ما فيها .

الرواية الثانية : أنه لا يقبل الخط فى الوصية ، ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه فيقر بما فيها ، لأن الحكم ، لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة ، فكذا هنا .

ويجاب عن ذلك[(٤)] : بالفرق بين الوصية ، وبين الحكم والشهادة ، من حيث أن الوصية مما يتسامح فيها بصحتها مع الغرر والخطر ،

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٥٠ .

(٢) حـ ١٥ / ١٣ من المدونة الكبرى للامام مالك رواية الامام سحنون عن بن القاسم عن مالك .

(٣) انظر: المغني والشرح الكبير٦ / ٤٨٨ ، وانظر: الانصاف٧ / ١٨٨ - ١٨٩ .

(٤) انظر : المصدرين السابقين وكشاف القناع ٤ / ٣٢٧ .

وبالمعدوم والمجهول ، وللحمل ، وبالحمل ، وبما لا يقدر على تسليمه فجاز أن يتسامح فيها ، بالعمل بالخط كرواية الحديث ، بخلاف الحكم والشهادة ، فانه لا يجوز للقاضي الحكم برؤية خط الشاهد احتياطا للحكم ، بل لو رأى الحكم بخطه تحت ختمه ، ولم يذكر أنه حكم به ، أو رأى الشاهد شهادته بخطه ، ولم يذكر الشهادة لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده بخطه تحت حكمه ، ولا للشاهد الشهادة ، بما رأى خطه به على الصحيح احتياطا .

ووجه الرواية الأولى قوله[١] صلى الله عليه وسلم : " ما حق امرئ مسلم له شئ يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده " .

ووجه الاستدلال من الحديث : أنه لم يذكر أمرا زائدا على الكتابة فدل على الاكتفاء بها[٢] .

ولأنه[٣] صلى الله عليه وسلم : " كتب الى عماله وغيرهم ، ملزما للعمل بتلك الكتابة ، وكذلك عمل الخلفاء الراشدين من بعده بذلك ، ولأن الكتابة تنبئ عن المقصود ، فهي كاللفظ .

قال القاضي[٤] في شرح المختصر :

---

(١) رواه ابو داود بسنده عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما . ينظر شرح موطأ مالك للزرقاني مع السنن لأبي داود ٣/ ٢٩ .

(٢) كشاف القناع ٤/ ٣٣٧ .

(٣) المصدر السابق ، وينظر : المغني مع الشرح الكبير ٦/ ٤٨٨ .

(٤) المراد به أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء ، عالم عصره في الفنون والأصول والفروع ، وشيخ الحنابلة . ولد في بغداد سنة ٣٨٠ هـ ، وقد علت مكانته ، وارتقى شأنه عند القادر ، والقائم العباسيين ، وقد ولاه القائم قضاء دار الخلافة والحريم وحران
==

" ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم لفعل الكتابة [1] " وقد اعترض عليه الحارثي فقال : " وقول احمد ان كان عرف خطه، وكان مشهور الخط ينفذ ما فيها - أي الوصية - يخالف ما قال، فانه أناط الحكم بالمعرفة والشهره من غير اعتبار لمعاينة الفعل وهو الصحيح الى أن قال : " ولا شك أن المقصود حصول العلم بنسبة الخط اليه ،وذلك موجود بحيث يستقر في النفس استقرارا لا تردد معه فوجب الاكتفاء به " .

وفي المذهب الشافعي [2] ،ينعقد الايجاب في الوصية بالكتابة مع النية كما في البيع ،فلو كتب شخص لزيد كذا ونوى به الوصية له، واعترف بالنية نطقا ،أو ورثته بعد موته صحت [3] " كما أن الشافعي قد أخذ بالرواية الثانية عند الحنابلة ،وكذلك أخذ بها أبو ثور ، فقالا : بقبول الوصية المكتوبة اذا قرئت عليه فأقر بما فيها .

ومما سبق يتضح لنا أن الفقهاء متفقون على صحة انشاء الوصية بالعبارة التي هي الأصل في الافصاح عما في الضمير ، وأنهم

== وحلوان ،وله تصانيف كثيرة منها : الأحكام السلطانية ،والكفاية في اصول الفقه ،والمجرد في الفقه على مذهب الامام احمد وغيرها . توفي سنة ٤٥٨ هـ . انظر : طبقات الحنابله ٢/١٩٣/ ٢٣٠، ومختصر الطبقات ص ٣٧٧ - ٣٨٨ ،المطلع ص ٤٥٤ - ٤٥٥ ،المنهج الأحمد ٢/١٠٥ / ١١٨ ،المدخل ص ٢١٠ ،الاعلام ٦/ ٣٣١ .

(١) انظر : كشاف القناع ٤/ ٣٣٧ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣/ ٥٣ .

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٨٨، ٤٨٩ .

متفقون ايضا على صحة انشاء الوصية بالكتابة من العاجز عن النطق ،كما اتضح لنا ايضا أن انشاء الوصية بالكتابة من القادر على النطق يصح منه على خلاف بين الفقهاء في اطلاق العمل بها أو تقييده .

أما قانون الوصية المصرى : فقد سوى بين انعقاد الايجاب فى الوصية بالكتابة ،وبين انعقاده باللفظ ،فنص فى المادة الثانية من الفقرة الأولى[1] : " تنعقد الوصية بالعبارة ،أو بالكتابة[2] فاذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمة " .

وفى هذا النص[3] : اطلاق يدل على أنه لا فرق فى ذلك بين وصية فى مجلس يضم من يشهد عليها ،ووصية فى مجلس لا يضم

(١) انظر : شرح قانون الوصية ١٠ .

(٢) والمراد بالكتابة فى المادة المستبينة المرسومة الدالة على معنى الوصية والتزامها وابرامها على الوجه المفهم المعتاد بين الناس ،لا الكتابة غير المستبينه ،ففى رد المحتار ٦ / ٧٣٧ ،عند الكلام على ايماء الأخرس وكتابته ومعتقل اللسان يقول : ثم أعلم أن هذا فى كتابة غير مرسومة أى غير معتادة لما فى التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب. مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدرا بالعنوان ،وهو أن يكتب فى صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة ،فهذا كالنطق فلزم حجة ،ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه ،لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها ،وبهذه الأشياء تتعين الجهة ،وقيل الاملاء ،بلا اشهاد لا يكون حجة ،والأول أظهر ،وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الأحكام وان نوى ،ثم قال وهذا كله فى الناطق ففى غيره بالأولى .

(٣) الوصية ٤٤ .

الا الموصي وحده ، ولا فرق بين موص قادر على النطق والتعبير والبيان ، وأخر لا يقدر على ذلك ، لأى سبب من الأسباب التى يعتقل بها اللسان سواء كان السبب عارضا موقوتا منتظرا زواله ، أم غير منتظر الزوال .

وان القانون حين يسوى بين العبارة والكتابة فى انشاء الوصية فانه قد نظر الى أن الكتابة قد أصبحت فى الناس طريقة أساسية فى الابانة والافصاح كالنطق ، بل أصبحت هي الوسيلة الأولى فى انشاء عقودهم والتزاماتهم فيما له خطر عظيم ، وما ذلك الا لدقتها وبقائها واتخاذها وثيقة .

كما أنه بتسويته تلك لم يكن مبتدعا بل كان متبعا أخذ فى ذلك بأرجح الرأيين فى مذهب الامام أحمد بن حنبل كما ذكر ذلك ابن قدامة[1] وقال : " انه رأى كثير من الفقهاء "، وعلاوة على ذلك فان الشارع لم يقيد الناس فى طرائق انشائهم لعقودهم والتزاماتهم بشكل من الأشكال ، وانما أخذ عليهم بأنهم اذا ما تعاقدوا أو تعاملوا أو تعهدوا أو تبرعوا ، فانه يجب عليهم أن يكونوا عند التزامهم وعهودهم وشروطهم التى أفصحوا عنها بأية طريقة من طرق الافصاح والبيان[2] .

وبهذا العرض لمذاهب العلماء فى انعقاد الايجاب بالكتابة فى الوصية ، وما ذهب اليه القانون من التسوية بين العبارة والكتابة فى انشاء الوصية :

---

(١) ينظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٨٨ .

(٢) ينظر : أحكام الوصية ٧١/ ٧٢ .

يتبين لنا : أن الرواية الأولى عن أحمد صريحة فى موافقة القانون وأن الرواية الثانية وهى رأى مالك وأبي حنيفة توافق القانون أيضا ، لكنها تشترط أن يعلم أن الخط خطه ويقرأ عليه ، وبهذا تكون المذاهب الثلاثة يتفق القانون معها فى الجملة ، وأن الرواية الثانية أوضح فى الموافقة لأنها مطلقة كاطلاق القانون (١) ، ولقد أشارت المذكرة التفسيرية الى ذلك فقالت (٢) : " لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه ، بل يكفى أن يكتبها له غيره ، فيقرأها ، أو يقرأها له غيره ، فيوقع عليها ، استنادا الى مذهب الامام أحمد بن حنبل ، فعنده الايجاب يكون بالقول أو بالفعل الذى يدل على الرضا ، والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب " .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية المصرى ص ١٢/ ١٣ .

(٢) المصدر السابق .

انعقاد الايجاب فى الوصية بالاشـارة :

اذا كان الموصي عاجزا عن العبارة والكتابة ،فانه يكتفى منـه بالاشارة المفهمة فى انشاء الوصية اذا كان عجزه ناشئا عن خرس ولد بـه .

فان كان قادرا على العبارة والكتابة، فالمالكية سووا بين الاشـارة وبين العبارة ،فصححوا الوصية بها من القادر على النطق والعاجـز عنه لسبب من الأسباب وهو معتقل اللسان (١) ،فقد جاء فى شـرح الرسالة للنفراوى (٢) : " والصيغة هى كل ما يفهم منه الوصية ،مـن لفظ أو اشارة ولو من قادر على الكلام أو خط ... " وجاء فى مواهب (٣) الجليل لشرح مختصر خليل : " قال بن عرفـه : الصيغة ما دل علـى معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والاشارة ،وفى حاشية الدسوقى (٤) على الشرح الكبير جاء قوله : " بلفظ يدل أو اشارة مفهمة ولو مـن قادر على النطق " ويقول الشيخ على الخفيف (٥) : " ولا يفرق المالكيـة فى الحكم بين الأخرس ومعتقل اللسان لسبب من الأسباب " .

---

(١) معتقل بفتح القاف يقال : اعتقل بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولـم يقدر عليه ، القاموس المحيط ١٩/٤ ،وحاشية ابن عابدين ٧٣٧/٦ .

(٢) انظر : شرح الرسالة للنفراوى ١٨٩/٢ .

(٣) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٣٦٦/٦ .

(٤) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٣/٤، ٤٢٤ ،وانظـر الخرشي على مختصر خليل ١٦٩/٨ .

(٥) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٧٤ .

وأما الحنفية فقد ورد عنهم فيمن كان قادرا على الكتابة ،فأوصى بالاشارة روايتان : -

الأولى : عدم جواز عقد الوصية بالاشارة من القادر على الكتابة لأنه لا ضرورة للاشارة مع وجود القدرة على الكتابة ،ولأن الكتابة تعبير بالقلم فهي كالنطق في قوة الدلالة ،والاشارة اضعف منهما ، ولا يعدل عن الأقوى الى الضعيف من طرق الافهام مادام الافهام بالأقوى ممكنا ،وهذه رواية كتاب الأصل لمحمد .

الثانية : وهي رواية الجامع الصغير أن الاشارة تكفي في انشاء العقود عند العجز عن العبارة وان قدر على الكتابة ،لأن العبارة هي الأصل في انشاء العقود ،فاذا لم تكن ممكنة ورخص له في غيرها قام كل مايدل على العقد مقامها ،ومن ذلك الاشارة فانها تعتبر بيان في حق القادر على النطق فالعاجز أولى(1) بدليل أنه عليه الصلاة والسلام بيّن الشهر بالاشارة حيث قال(2) : " الشهر هكذا " وأشار بأصابعه " وهو - صلى الله عليه وسلم - من أفصح العرب .

والواقع أن كلا من الكتابة والاشارة يعتبر حجة ضرورية في حق العاجز . ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الاشارة ،لأن قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا .

---

(1) انظر : شرح قانون الوصية ١١ ،وانظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦/ ٢١٨، ٢١٩ .

(2) رواه أبوداود بسنده عن ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - سنن ابي داود مع شرح الموطأ للزرقاني ٢/ ٢٥٤ .

وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة ،لأن الأصل في البيان هو الكلام ،لأنه وضع له ،والاشارة أقرب اليه ،لأن العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده ،أو رأسه فصارت أقرب الى النطق من آثار الأقلام فاستويا ،فيخير من أراد انشاء وصية عند العجز عن العبارة ،عن خرس ولد به ،وهو قادر على الكتابة يخير بين انشائها بخط يده أو باشارته ،فقد جاء في تكملة البحر قوله : " ولا يقدم على الآخر بل يخير " ايضاحا لعبارة الكنز وهي قوله : " أو " التي هي للتخيير[1].

هذا بالنسبة لمن كان عجزه بسبب خرس ولد به .

أما ان كان عجزه بسبب أمر طارئ من مرض ونحوه ،وهو معتقل[2] اللسان ،فقد ورد عن الحنفية في ذلك قولان ،فقيل لا تصح وصيته باشارته الا اذا امتدت[3] عقلته ،فصارت له اشارة معهودة كالأخرس فتقبل منه ،وقيل لا تقبل الا اذا صار ميئوسا من عودة النطق اليه .

وهذا لا يكون الا بالموت ،فقد ذكر ذلك عن أبي حنيفة الحاكم حيث قال : " اذا دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه ،لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس ،قال وعليه الفتوى : " فاذا صدرت منه اشارة يفهم منها أنه أراد انشاء وصية ،ثم زال المانع من عدم النطق

---

(١) انظر: المصادر السابقة،وانظر: البحرالرائق شرح كنزالدقائق ٨/٤٤ه ص ٥٤
(٢) سبق بيان معناها .
(٣) قدر مدة الامتداد في المحيط بشهر ،وفي جامع الفصولين بستة أشهر ==

فان ما سبق منه لا اعتبار له[1] .

وأما الحنابلة : فقالوا بالنسبة لمن كان عجزه بسبب خرس ولد به تصح وصيته باشارته اذا فهمت ،لأن اشارته أقيمت مقام نطقه فى طلاقه ولعانه وغيرهما ،وأما اذا لم تفهم اشارته فلا حكم لها[2] .

وأما بالنسبة للناطق اذا اعتقل لسانه بسبب أمر طارئ من مرض ونحوه فعرضت عليه وصيته فأشار بها ،وفهمت اشارته ،لم تصح وصيته[3] ،لأنه غير ميئوس من نطقه فأشبه القادر على الكلام[4] ،ولأن على بن ابي طالب - رضي الله عنه - لم يجز وصية المرأة التى قيل لها فى مرضها أوصي بكذا فأومأت برأسها . وفى وجه آخر[5] تصح وصيته ان اتصل باعتقال لسانه الموت .

== وقد رها التمرتاشي بسنة .

ينظر : البحر الرائق ٨/٥٤٤ .

(١) انظر : المصدر السابق ،وانظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٥٧ .

وانظر : تبيين الحقائق ٦/٢١٨ ، ٢١٩ .

وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٣٤ .

(٢) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٢٩ .

(٣) ذكره القاضي وابن عقيل ،وبه قال الثورى والأوزاعى وأبو حنيفة .

المصدر السابق .

وانظر : كشاف القناع ٤/٣٣٦ ،والانصاف ٧/١٨٧ .

(٤) ينظر : مطالب أولي النهى ٤/٤٤٤ .

(٥) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٢٩ ،فقد خرّجه ابن عقيل .

وانظر : الافصاح لابن هبيرة ٢/٧٥ .

ومذهب الشافعيه : أنه تصح وصية من اعتقل لسانه باشارته كما تصح باشارة الأخرس ،غير أنهم قالوا اذا فهمها العامة فهي من قبيل الصريح ،واذا لم يفهمها الا الفطن كانت من قبيل الكناية ،واحتاجت الى النية في العمل بها ،ويستدل على النية باشارة أخرى يفهمها العامة أو بالكتابة ،فان لم تفهم فلغو .

أما اشارة الناطق فهي لغو وان كانت جوابا لمن قال له: أوصيت بكذا فأشار : أى نعم - في جميع العقود اتفاقا عند جميع الفقهاء ،لكن الحنفية استثنوا الاشارة في الافتاء والاقرار بالنسب والاسلام والكفر ،فذهبوا الى العمل بمقتضاها متى كانت مفهمة (١) - ومما سبق يتضح لنا أن انشاء الوصية بالاشارة من العاجز عن النطق والكتابة لخرس ولد به صحيحة بغير خلاف .

أما انشاء الوصية بالاشارة من القادر على العبارة والكتابة فقد ورد فيه خلاف الفقهاء ،والذى تبين لنا من خلاله أن المالكية قد سووا بين العبارة والكتابة والاشارة ،فصححوا الوصية بها من القادر على النطق والعاجز عنه .

أما غيرهم فقبلوها من الأخرس ،وهو من ولد وبه هذه الآفة اذا كانت مفهومة ،وكان لا يعرف الكتابة بلا خلاف بينهم ،وهم الحنابلة ،والشافعية الا أن الشافعية قالوا اذا فهمت اشارته كانت من قبيل الصريح ،واذا لم تفهم كانت من قبيل الكناية،واحتاجت

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٦ / ٦٤، ٦٥ ،وانظر: مغنى المحتاج ٣ / ٥٢ ، ٥٣ ،وانظر : تبيين الحقائق ٦ / ٢١٨ ،وانظر : احكام الوصية ٧٣ . وانظر روضة الطالبين ٦ / ١٤٠ ، ١٤١ ،وانظر: الافصاح لابن هبيره ٦ / ٧٥ .

الى النية فى العمل بها ،ويستدل على النية باشارة أخرى يفهمها أو بالكتابة ،فاذا لم تفهم فلغو .

أما اذا كان يعرف الكتابة فالحنفية لهم فى ذلك روايتان :

احداهما : عدم جواز عقد الوصية بالاشارة مادام قادرا على الكتابة .

والثانية : الاكتفاء بالاشارة منه في انشاء الوصية عند العجز عن العبارة لخرس ولد به .

وقد انتهينا الى اعتبار كل من الكتابة والاشارة حجة ضرورية فى حق العاجز عن العبارة لخرس ولد به ،لأن كل واحدة منهما توجد فيها صفات لا توجد فى الأخرى ،على ما أوضحناه فى محله .

أما انشاء الوصية من العاجز بسبب أمر طارئ من مرض أو غيره وهو معتقل اللسان ،فقد سوى بعض المذاهب فى أنه تصح وصيته بالاشارة ،وهم المالكية والشافعية . وأما الحنفية والحنابلة ،فقد ورد لهم فى ذلك رأيان متقاربان من حيث قبول انشاء الوصية بالاشارة منه لوجود شرطه ،وعدم قبول ذلك منه لعدم وجود الشرط .

وقد انتهينا الى اختيار ما يقرب فى التوفيق بين الروايتين ،وهو أنه اذا صدرت منه اشارة يفهم منها أنه أراد انشاء وصيته ولكن زال المانع من عدم النطق ،فان ما سبق منه لا اعتبار له ،لانتفاء وجود المانع من النطق ،ويصير ما صدر منه من وصيته باشارته كأن لم يكن . وفى هذه الحال اذا أراد انشاء وصيته من جديد فلا يقبل منه الا بالكلام ،واذا لم يفعل فلا وصية . وأما اذا مات وهو

على حالته السابقة حين انشاء وصيته - وهي حالة العجز عن الكلام - فان وصيته في هذه الحالة تعتبر صحيحة نافذة.

وأما قانون الوصية المصري : فقد صحح انشاء الوصية بطرقها الثلاث وهي العبارة أو الكتابة او الاشارة المفهمة اذا كان الموصي عاجزا عنهما ، الا أنه جعل العبارة والكتابة في درجة واحدة وجعل الاشارة في منزلة تليهما ، وذلك عند العجز عن النطق والكتابة ، جاء ذلك صريحا في الفقرة الأولى من المادة الثانية ونصها[(١)] : " تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصي عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية باشارته المفهمة " .

ويلاحظ أن القانون في مادته المشار اليها قد سوى بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لا يقدر على النطق ، وهو مأخوذ من مذهب الشافعية ، والمالكية .

ومن هذا يتضح أن القانون أخذ مسلكه من مذاهب متعددة فكون وصية القادر على النطق لا تنعقد الا بالعبارة أو الكتابه ، ولا تنعقد بالاشارة مأخوذ من مذهب الحنفية ، وكذا عدم انعقاد الوصية بالاشارة من العاجز عن النطق القادر على الكتابة مأخوذ من المذهب الحنفي ، وأما التسوية بين العبارة والكتابة فمأخوذ من المذهب الحنبلي - كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية ، وهو ، يوافق مذهب المالكية ، وأما التسوية بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذى لا يقدر على النطق ، فمأخوذ من مذهب الشافعية على مانقله الحنفية عنهم ، وكما قالت بذلك المذكرة التفسيرية[(٢)] .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٢٧٣ ، وانظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣١ . (٢) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف لشلبي ٣٥

ما اشترطه قانون الوصية المصرى لسماع دعوى الوصية عند الانكار :

اذا أقر المدعى عليه بالدعوى سواء كانت الدعوى بالوصية أو بالرجوع عنها فانها تسمع الدعوى بدون قيد ولا شرط ، اذ لا محل لحماية المدعى عليه حينئذ بعد أن أقر بحق المدعي .

أما اذا أنكر المدعى عليه الدعوى فقد اشترط القانون لسماع دعوى الوصية ، أو الرجوع القولي عنها ، بعد وفاة الموصي وجود أحد أمور ثلاثة تدل على صحة الدعوى :

١) ورقة رسمية .

٢) ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها امضاؤه .

٣) ورقة الوصية أو الرجوع عنها بتوقيع الموصي ومصدقا على توقيع الموصي عليها .

وهذا بالنسبة للحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، وأما بالنسبة للحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ فيكتفي فى سماع الدعوى فيها بوجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الوصية ، جاء ذلك صريحا فى الفقرة الثانية من المادة الثانية ونصها : " ولا تسمع عند الانكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي فى الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة واحدى عشرة الأفرنجية الا اذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .

وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة واحدى عشرة الافرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي الا اذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها امضاؤه ، كذلك تدل على ماذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها (١) " .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

والحكمة من هذا الاشتراط الحرص على ثبوت الوصايا وتوثيقها وتقليل أسباب النزاع فيها ،وارشاد الموصين الى الطريقة التى يحافظون بها على وصاياهم ،ولقطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها ،ويؤيدونها بشهادة مزورة .

وهذا الاشتراط ان لم يكن له نظير فى كلام الفقهاء الا أنه يدخل تحت قاعدة مقررة عندهم ،هى : " تخصيص القضاء " .

هذا وان كان القانون قد عدل عن اشتراط اشهار رسمى لاثبات الوصية الا أن قانون الشهر العقارى المصرى الذى نفذ فى أول يناير ١٩٤٧ م قرر أن الوصية لاتنتقل بها الملكية فى العقار فى الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ الا بعد تسجيل ذلك النقل ،وهذا مبدأ حسن مأخوذ به فى كل أسباب نقل الملكية فى العقار (١).

---

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣١ ، ٣٢ ،وانظر : الوصية لمحمد البرديسي ١٧ ، ١٨ .

ثانيا : القبـــول فى الوصية . وبم يتحقق ؟

اتفق الفقهاء على أن القبول فى الوصية يتحقق بكل ما ينبئ عنه صراحة ،كقول الموصى له : " قبلت الوصية ،أو ضمنا كأن يكون الموصى به دارا فيؤجرها .

كما اتفقوا على أن قبول الوصية أو ردها يكون معتبرا بعد وفاة الموصي فلا عبرة لقبول الموصى له أو رده فى حياة الموصي ،لأن الوصية تصرف مضاف الى مابعد الموت ،وآثار هذا التصرف لاتظهر الا بعد مجئ وقته ،وهو الوفاة ، ولأن القبول انما هو لثبوت الملكية لا لانشاء التصرف ،فكان لاعبرة به الا عند تنفيذ أحكامه فاذا قبل الموصي له الوصية فى حياة الموصي ،فانه لابد لكي تثبت ملكيته للموصى به أن يقبلها بعد وفاته ،وكذلك اذا ردها فى حال حياة الموصى فان له الحق فى قبولهابعد وفاته ولم يخالف(١)

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦ / ١٨٤ ،وانظر : بدائع الصنائع١٠/٤٨٤٣ وانظر : شرح قانون الوصية ١٤ ،وانظر : حاشية ابن عابدين٦ / ٦٥٠ ، وانظر : روضة الطالبين ٦ / ١٤١ ، ١٤٢ وانظر : المغنى والشرح الكبير ٦ /٤٤٢ ،وانظر المقنع مع حاشيته ٢ / ٣٦١ ،وانظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير٤ / ٤٢٤ .
وانظر : الخرشى على مختصر خليل

فى ذلك الا زفر[1] من الحنفية فانه يرى أن رد الموصى له الوصية فى حال حياة الموصي يعتبر ردا صحيحا ، ومبطلا للوصية ، ولهذا لا يجوز قبوله بعد موت الموصي ، لأن ايجاب الموصي كان وقت حياته وقد رد الموصى له هذا الايجاب فبطل .

وقد أجيب عن ذلك ، بأن حكم الوصية أى أثرها الشرعي المترتب عليها لا يثبت الا بعد الوفاة ، فلا اعتبار للقبول أو الرد الا من وقت حصوله ، كما لا يعتبران قبل عقد الوصية ، فصار كمن قال لامرأته : " أنت طالق على ألف درهم غدا ، فان قبولها وردها قبل مجيء الغد باطل "[2].

== ٨/١٦٩ ، وانظر : كشاف القناع ٤/ ٣٤٤ .
وانظر : الأم للشافعي ٤/ ٢٦ .

(١) هو أبو الهذيل بن قيس بن سليم بن قيس العبرى ، من تميم ، ولد سنة ١١٠ هـ ، فقيه كبير ، وهو من أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - أصله من أصبهان . أقام بالبصرة ، وولي قضاءها ، وجمع بين العلم والعبادة . كان من أصحاب الحديث ، فغلب عليه الرأى ، وهو قياس الحنفية ، وكان يقول : نحن لا نأخذ بالرأى ما دام أثر ، واذا جاء الأثر تركنا الرأى وكان أبو حنيفة يبجله ويعظمه ويقول : هو أقيس أصحابى .
* توفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ ، انظر : وفيات الأعيان ٢/ ٧١ ، ميزان الاعتدال ٢/ ٧١ ، الفوائد البهية ص ٧٥ - ٧٧ . الاعلام ٣/ ٧٨ .

(٢) انظر : رد المحتار الى الدر المختار ٦/ ٦٥٧ ، وانظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ ، وانظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠/ ٤٢٧ .

وبالموازنة بين رأى الجمهور ، وبين رأى زفر فانه يترجح لنا :

رأى الجمهور لقوة ما استدلوا به ، ولأن عقد الوصية غير لازم في الحياة ، فيجوز للموصي في حياته أن يغير ويبدل في وصيته ماشاء ، بل يجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها ، ولو لم يكن له الرجوع للزم الحجر ، وذلك خلاف ما هو متقرر عند جمهور الفقهاء ، وهو ما يفهم من قول زفر ، ولذلك يقول الامام مالك (١) :
" فلو كان الموصي لا يقدر على تغيير وصيته ... كان كل موص قد حبس " أي منع ماله الذى أوصي فيه .

وبما ذهب اليه الجمهور فقد أخذ به قانون (٢) الوصية المصرى في فقرته الاولي من المادة الرابعة والعشرين والتى نصت على أنها :
" لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي " .

الفورية والتراخي في القبول :

بعد أن عرفنا أن العلماء اتفقوا على أن القبول أو الرد المعتبر هو ما بعد وفاة الموصي ، وأن ما يقع منه قبل الوفاة لا عبرة به وبينا أن ذلك هو رأى الجمهور من العلماء ، وأن زفر من الحنفية قد خالفهم ، وقد أخذنا برأيهم وعللنا سبب الأخذ به ، بعد ما أوردنا مادفع به الجمهور لما احتج به زفر .

---

(١) انظر : شرح الموطأ للزرقاني ٣/٢٣٠ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ٢٧٧ .

نقول : ان الفقهاء قد اتفقوا أيضا على أن القبول أو الرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصي ، بل يثبت على التراخي[1] ، وفي ذلك يقول ابن قدامة[2] : " ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون الا بعد موت الموصي ، لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق " وفي روضة الطالبين يقول الامام النووي[3] " . ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت " ، وقال ان هذا هو الصحيح الذى قطع به الجمهور وعلى هذا يكون القبول أو الرد ثابتا على التراخي في أى وقت أراده الموصى له . وذلك لأن الوصية ليست من العقود المنجزة التى يشترط فيها القبول فور الايجاب ، بل هي عقد لا يتم نفاذه الا بعد وفاة[4] الموصي كما قدمنا .

ولما كان ثبوت الحق على التراخي يترتب عليه اذا طالت مدته ضرر يورثه الموصى له بالموصى به نفسه ، لأنه قد يكون الموصى به مال فيحتاج بنفسه الى نفقات لحفظه وصيانته ، أو لبقاء حياته كما لو كان الموصى به حيوانا .

ويعتبر الموصى له في مثل هذه الحال بعدم قبوله أو رده معطلا للموصى به ، لما كان الأمر كذلك فانه قد ورد في مذهب[5] الامامين

---

(١) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٦/ ٣٦٧ .

(٢) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٦/ ٤٤١ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ٦/ ١٤١ ، ١٤٢ ، وانظر : مغنى المحتاج ٣/ ٥٣

(٤) انظر : مغنى المحتاج ٣/ ٥٣ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦/ ٦٦ .

(٥) انظر : كشاف القناع ٤/ ٣٤٥ ، وانظر : منتهى الارادات ٢/ ٤١ .

وانظر : حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج ٧/ ١١

أحمد ، والشافعي[(١)] : أن الموصى له اذا لم يقبل ولم يرد ، فان لورثة الموصي الحق بمطالبته بالقبول أو الرد ، فان امتنع عن ابداء رأيه في القبول أو الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بين الورثة ، وبينه فوجب القطع في تعيين مالكه ، وذلك كمن يحجر أرضا لاحيائها ، لكنه امتنع عن احيائها ، فيقال له : اما أن تحيي الأرض التي حجرتها ، واما أن تتركها لغيرك ينتفع بها[(٢)] .

وفي ذلك يقول صاحب كشاف القناع[(٣)] : " واذا لم يقبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ، ولا رد الوصية ، حكم عليه بالرد ، وبطل حقه من الوصية ، لأنها انما تنتقل الى ملكه بالقبول ولم يوجد " .

كما يقول في ذلك أيضا عبد الحميد الشرواني في حاشيته[(٤)] على تحفة

---

(١) والشافعي هو أبو عبد الله محمد بن أدريس بن العباس ابن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبي ، أحد الأئمة الأربعة ، ولد في غزة بفلسطين سنة ١٥٠ هـ أقبل على الفقه والحديث ، وأفتى وهو ابن عشرين سنة . توفي في مصر سنة ٢٠٤ هـ ، له تصانيف كثيره منها الأم في الفقه ، والرسالة في أصول الفقه .
أنظر : تاريخ بغداد ٢/٥٦ - ٧٣ ، وفيات الأعيان ٣/٣٠٥ - ٣١٠ تذكرة الحفاظ ١/٣٦١ ، ٣٦٣ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/٤٤ ، ٦٧ تهذيب التهذيب ٩/٢٥ ، ٣١ . الاعلام ٦/٢٤٩ ، ٢٥٠ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢١ وانظر : المجموع شرح المهذب ١٥/٦٦ . وانظر : الكافي ٢/٤٨٣ .

(٣) بتصرف : كشاف القناع ٤/٣٤٥ ، وانظر : تليوبي وعميرة ٣/١٦٦ .

(٤) حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج ٧/١١ ، وانظر: نهاية المحتاج ٦/٤٥ .

المحتاج ما نصه : " والراجح أنه ان امتنع من القبول والرد ، خيره الحاكم بينهما ، فان أبى حكم عليه بابطال الوصية " .

وعلى هذا الرأى استند قانون الوصية المصرى فجعل لورثة الموصي أو من له تنفيذ الوصية الحق فى طلب القبول أو الرد - باعلان رسمي - فى مدة معلومة حددها القانون بثلاثين يوما كاملة فاذا لم يجب الموصى له أو ورثته بالقبول أو الرد كتابة دون عذر مقبول اعتبرت الوصية باطله ، جاء ذلك صريحا فى المادة ٢٢ من القانون ونصها[١] : " لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية اذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له باعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول " .

والمراد بمن له تنفيذ الوصية ، كما جاء فى نص المادة المشار اليها : " وهو الوصي المختار ، فان لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك . كما نصت على ذلك المادة ٣٠[٢] من قانون الوصية وواضح أن هذا مسلك عادل ونظام حسن به تتحقق مصالح الناس، وتدفع به المضار عنهم .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٦ ، ٢١

(٢) المادة (٣٠) من الفقرة الثانية من قانون الوصية ، ينظر : شرح قانون الوصية ٢٧٩ . ٢١ ، وعقد الوصية ٢١ .

حقيقة القبول المطلوب

اختلف الفقهاء في حقيقة القبول المطلوب أهو القبول الايجابي الذى يكون بالقول، أو ما يقوم مقامه من كل عمل ارادى يدل على الرضا بالوصية، كالتصرف في العين تصرف الملاك، أم يكتفي فيه بالقبول السلبي، وهو عدم الرد الصريح أو ما يقوم مقامه ؟ فالذى ذهب اليه أبو حنيفة[1] والصاحبان[2] استحسانا

---

(١) أبو حنيفة هو النعمان بن ثابت التيمي بالولاء، الكوفي، امام الحنفية الفقيه المجتهد، المحقق، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنه، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ، ونشأ بها، وكان يبيع الخز، ويطلب العلم في صباه، ثم انقطع للتدريس والافتاء، قال الشافعي " الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة، توفى في بغداد سنة ١٥٠ هـ، انظر : تاريخ بغداد ٣٢٣/١٣، ٤٢٣، وفيات الأعيان ٣٩/٥، ٤٧، تهذيب التهذيب ٤٤٩/١٠، ٤٥٢، النجوم الزاهرة ١٢/٢، ١٥، الأعلام ٤/٩ - ٥ .

(٢) الصاحبان المراد بهما صاحبا أبي حنيفة، وهما أبو يوسف ومحمد وأبو يوسف هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري، أبو يوسف من أهل الكوفة، ولد سنة ١١٣ هـ، كان صاحب حديث، حافظا، ولزم أبا حنيفة فغلب عليه الرأى . وكان هو المقدم من أصحاب الامام أبي حنيفة، وأول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض، ولي قضاء بغداد حتى مات سنة ١٨٢ هـ .
له عدة تصانيف : منها كتاب الخراج والنوادر، انظر : وفيات الأعيان ٤٢١/٥ - ٤٣١، تذكرة الحفاظ ٢٩٢/٢، ٢٩٤، الفوائد البهية ص ٢٢٥ .

* وأما محمد فهو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيبان امام الفقه، والأصول، وهو الذى تولي نشر علم أبي حنيفة ==

أن القبول[1] المطلوب هو عدم الرد ،لأن الوصية من جانب الموصي ، قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وانما يتوقف لحق الموصى له ،فاذا مات دخل الموصى به فى ملك الموصى له ،كما فى البيع المشروط فيه الخيار للمشترى أو للبائع ،فانه اذا مات من له الخيار قبل الاجازة ،فان البيع يتم ،وتورث السلعة عن من له الخيار ،فكذلك الشأن فى الوصية اذا مات الموصى له بلا رد ،ولأن الشرط فى انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول بل عدم الرد ،وقد تم ذلك بموته بلا رد ،وانما كان الشرط عدم الرد فقط ،لأن اشتراط القبول انما هو لدفع مضرة المنة ،وما عساه يكون من مضار المؤن فى العين الموصى بها ،وذلك يتحقق بعدم الرد ،فهذا مثله .

== ولد بواسط سنة ١٣١ هـ ،ونشأ بالكوفة ،فسمع من أبى حنيفة وغلب عليه مذهبه ،وانتقل الى بغداد ،فولاه الرشيد القضاء بالرقة ،ثم عزله ،ولما خرج الرشيد الى خراسان صحبه ،فمات فى الرى سنة ١٨٩ هـ وله كتب كثيرة منها : المبسوط فى فروع الفقه ،والجامع الكبير والجامع الصغير .

انظر : تاريخ بغداد ٢/ ١٧٢ - ١٨٢ ،وفيات الأعيان ٣/ ٣٢٤ - ٣٢٥ ،النجوم الزاهرة ٢/ ١٣٠ - ١٣١ ،الفوائد البهية ص ١٦٣ ، الأعلام ٦/ ٣٠٩ .

(١) انظر تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ ،وانظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٤١، ٤٨٤٢ . وانظر : شرح قانون الوصية ٢٠٠،١٩٩ ،وانظر: نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠/ ٤٢٩ ،وانظر : رد المختار ٦/ ٦٥٨ .

وأما الأئمة الثلاثة[1] أحمد[2] ومالك[3] والشافعي[4] ،فقالوا : لابد من القبول بالقول أو بالفعل ،ولا يكتفي فيه بعدم الرد ،قياسا ، لأن هذا هو المعهود في مثله من التصرفات .

وتظهر ثمرة الخلاف : فيما اذا مات الموصى له من غير أن

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٣٩، ٤٤١ ،وانظر : المجموع شرح المهذب ١٥/ ٦٧ . وانظر : حاشية الدسوقي ٤/ ٤٢٤ .
وانظر : مواهب الجليل ٦/ ٣٦٦ .
وانظر: روضة الطالبين ٦/ ١٤٤، ١٤٢ ،وانظرمغني المحتاج ٣/ ٥٣ .
وانظر: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ٤٣٥، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٥، ٤٤٦ .

(٢) هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن ادريس الشيباني الوائلي امام مذهب الحنابلة ، وأحد الأئمةالاربعة ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ نشأ في طلب العلم وسافر من أجله أسفارا كثيرة الى مكة ، والكوفة والبصرة والمدينة وغيرها . وله كتب منها : المسند ومنها الزهد وغيرهما وقد توفي في بغداد سنة ٢٤١ هـ . انظر : تاريخ بغداد ٤/ ٤١٢ ، ٤٢٣ ،وفيات الأعيان ١/ ٤٧، ٤٩ ، طبقات الحنابلة ١/ ٤ - ٢٠ . الاعلام ١/ ١٩٢ - ١٩٣ .

(٣) هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميرى ،امام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة ،ولد في المدينة سنة ٩٣ هـ ،صنف الموطأ بعد أن سأله المنصور أن يضع للناس كتابا . وله رسالة في الوعظ . توفي في المدينة سنة ١٧٩ هـ ،وفيات الأعيان ٣/ ٢٨٤، ٢٨٧ ،تهذيب التهذيب ١٠/ ٥ - ٥٩ ،الديباج المذهب ص ١٧ - ٣٠ ،الاعلام ٦/ ١٢٨ .

(٤) سبقت ترجمته ص ٧٩ .

يصدر عنه قبول أو رد صريح للوصية .

فعلى مذهب أبي حنيفة وصاحبيه ،فان الموصى له يملك الموصى به فيدخل في ملك ورثته ،ويكون ملكا اجباريا لا يملكون اسقاطه ،أورده لأن سبب الملك تم من جانب الموصي بموته ،وانما بقي حق الرد للموصى له لحاجته الى دفع الضرر ،وبموته انتهت هذه الحاجة فيبطل هذا الحق ويثبت الملك،كما اذا اشترى شيئا وشرط الخيار لنفسه ،ثم مات في مدة الخيار ،قبل أن يصدر عنه اجازة للعقد أو فسخ له ،فانه يبطل حق الخيار ويتم الملك فهذا مثله[1]. وهذا هو مقتضي الاستحسان عند ابي حنيفة وصاحبيه ،وأما القياس فيقتضي أن لا تنتقل ملكية الموصي به الى الموصى له وأن الوصية تبطل ،أو أن الحق في القبول أو الرد ينتقل الى الورثة فقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني[2] : " ولو مات الموصي ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحسانا ،والقياس أن تبطل الوصية أو يكون لورثته الخيار ان شاءوا قبلوا ،وان شاءوا ردوا "

فوجه بطلان الوصية هو توقف الملك على القبول ،وقد فات بالموت . فصار كموت المشترى قبل قبوله ،وبعد ايجاب البائع .

وأما وجه تخيير الورثة بين القبول أو الرد ،فلأنه حق للموصى له في

---

(١) انظر : المبسوط ٢٨ / ٤٨ ،وانظر: عقد الوصية ١٤ ،للدكتور/ بدران .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١/ ٤٨٤١ ، ٤٨٤٢ ،وانظر : المبسوط للسرخسي ٢٨ / ٤٨ ،فانه خالف الكاساني في هذا التخيير ،فانه يرى أن يحل ورثة الموصى له محله في القبول أو الرد فقط ،كما يلاحظ أنه تيد المسألة بعدم علم الموصى له بالوصية ،على خلاف الكاساني حيث لم يقيدها بعدم علمه .

حياته ، فلما مات ،قام ورثته مقامه[1] ،هذا عند الحنفية .

وأما على رأى الأئمة الثلاثة ،فان مجرد السكوت ،وعدم الرد لا يعتبر قبولا ،وعليه فان الوصية لا تلزم ،فى مثل هذه المسألة ،ولا يثبت الملك للموصى له ،ولا يبطل[2] حقه فى القبول أو الرد ،بل ينتقل هذا الحق لورثته فأما عدم لزوم الوصية ،وعدم ثبوت الملك للموصى له ،فذلك لعدم تحقق الشرط ،وهو القبول .

وأما عدم بطلان حق الموصى له فى القبول أو الرد ،فلأن هذا خيار ،والخيار لا يبطل بموت صاحبه .

وأما ثبوت الحق لورثته ،فلأنهم يخلفون مورثهم فيما تركه من أموال وحقوق مالية ،وحقوق متعلقة بالمال ،وهذا الحق منهما .

هذا : وبناء على القول بأن الوارث يقوم مقام الموصى له فى القبول أو الرد ،فانه ان رد الوصية بطلت ،وان قبلها صحت ،وثبت الملك بها ،فان كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم

---

(١) المصدران السابقان الجزء والصفحة نفساهما . وانظر : تبيين الحقائق ١٨٤/٦ .

(٢) نقل صاحب الانصاف عن الحنابلة فى هذه المسألة رأيان : أحدهما يوافق رأى مالك والشافعي ،والذى يقضي بانتقال الحق لورثة الموصى له بعد موته بالقبول أو الرد ،لأن الوصية لزمت بموت الموصي فهي كالمملوكة ،وقال عن هذا الرأى : هذا المذهب ،نص عليه فى رواية صالح ،قاله المجد ،واختاره المصنف والشارح وغيرهما .
وأما الرأى الثاني فيقضي ببطلان الوصية ،لأنها عقد يفتقر الى القبول وقد فات بموته ،فبطل العقد كالهبة ،وقد اختاره القاضي ،وقال عنه : " هو قياس المذهب ،لأنه خيار لا يعتاض عنه فبطل بالموت كخيار المجلس والشرط . ،وخيار الأخذ بالشفعة . ينظر : الانصاف ٧/ ٢٠٥ ، ٢٠٦
==

فان رد بعضهم ،وقبل البعض الآخر ،ثبت للقابل حصته ،وبطلت الوصية فى حق من رد ،فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام وليه مقامه فى القبول أو الرد ،غير أنه ليس له أن يفعل الا ما للمولى عليه الحظ فيه ،فان فعل غيره لم يصح [1].

هذا وبالنظر بين رأى أبي حنيفة ،ورأى الأئمة الثلاثة ،فانا نختار رأى الأئمة الثلاثة لأنه مادام أن الموصى له قد مات بلا قبول محقق منه ولا رد ،فلو ألزمنا ورثته بالوصية كما يقول الحنفية : لتضرر منه الورثة فى حالة ما اذا كانت الوصية محملة بالتزامات أو كان الموصى به قليل النفع ،كثير المؤنه ،لذلك كان من الحكمة أن يبقى حقهم فى الخيار ، بين القبول أو الرد .

وبهذا الرأى أخذ قانون الوصية المصرى ،فقد جاء ذلك صريحا فى مادته الحادية والعشرين ونصها [2]: " اذا مات الموصى له قبل قبول الوصية ،وردها ،،قام ورثته مقامه فى ذلك " . غير أنه لم يقيد هذا الحق برعاية الأصلح ،بل قيده بالحصول على الاذن من الجهة صاحبة الرقابة على أموال القاصرين ، وهى المجلس الحسبى وهو ما دلت عليه المادة ٢٠ فقد جاء فيها [3]: " فاذا كان الموصى له أجنبيا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد اذن المجلس الحسبى .

== وينظر: المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٣٩ ، وينظر القواعد لابن رجب القاعده الرابعة بعد المائة. وانظر: مواهب الجليل ٦/ ٣٦٦، ٣٦٧ ، وانظر : الأم للشافعي ٤/ ٢٧ .

(١) انظر: المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، وانظر : الوصية ٢٠ لمحمود البرديسي . (٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٦ لمحمد أبوزهرة .

(٣) انظر : المصدر السابق ،وانظر : الوصية ٢١ .

المبحث الثالث

وقت ثبوت الملكية للموصى له وحكم زوائد الموصى به

اتفق جمهور الفقهاء على أن الوصية تلزم الموصى له بقبوله لها بعد وفاة الموصي وتفيد حكمها من وقت ثبوت الملكية له ، وذلك في حالة ما اذا حدد الموصي وقتا لثبوت الملكية للموصى له المعين كأن يقول : " هذه الدار وصية لفلان بعد موتي بسنه ، وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي ، فان ملك الموصى له لا يثبت فى الموصى به الا من الوقت المحدد فى الوصية ، سواء حصل القبول عند ذلك الوقت أو قبله بعد الوفاة .

لكنهم اختلفوا فيما اذا مات الموصي ولم يحدد وقتا تبدأ منه الوصية ، وتأخر قبول الموصى له المعين للوصية عن وقت وفاة الموصي هل المعتبر فى الملك وتنفيذ الوصية وقت الموت ؟ أم وقت القبول ؟ أم هما معا ، وقد أختلفوا تبعا لذلك فيمن يكون له نماء الموصى به وزوائده[1] ، وكان اختلافهم على الوجه الآتي : -

أولا : مذهب الحنفية :

أن الموصى له يملك الموصى به بقبوله الوصية بعد موت الموصى ، لم يخالف فى ذلك الا زفر من الحنفية ، كما قدمنا ، ومع ذلك فالقبول عندهم ليس بشرط لصحة الوصية ، وانما هو شرط لثبوت الملك ، أو افادته

---

(١) انظر : الوصية للبرديسى ٢٤ ، وانظر التركة للكشكى ١٦٠ ، وانظر : عقد الوصية ٢٣ للدكتور بدران .

للموصى له[1] ، ومتى استفاد الموصى له الملكية بالقبول استندت الى وفاة الموصي ،كما هو مذهب الشافعية .

فان لم يقبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي كانت الوصية موقوفة على قبوله ،ليست فى ملك الوارث ،ولا فى ملك الموصي حتى يقبل أو يموت بلا قبول ولا رد[2] .

والمذهب الحنفي وان اتفق مع المذهب الشافعي على استناد ملكية الموصى له للوصية بالقبول الى وقت الوفاة ،لكنه يختلف معه فى زوائد الموصى به ،لأن لهم وجهة نظر أخرى ،وهى أن التركة - قبل القسمة - ومنها الموصى به مبقاه على حكم ملك الميت حتى تقضى ديونه ،وتنفذ منها وصاياه ،فتسرى الوصية الى الزيادة اذا حدثت الزيادة قبل القسمة[3] ، ومعنى ذلك أن ملكية الموصى له الوصية بالقبول لا تتقرر بصفة ثابته الا بعدها ،وحينئذ فزوائد الموصى به بالولادة ،اذا حدثت قبل موت الموصي فهى لورثته حتما لأن ملكيته للموصي قبل وفاته ثابتة بيقين ،واذا حدثت الزيادة بعد الوفاة ،وبعد قبول الموصى له والقسمة فهى للموصى له بيقين ايضا لأنها نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فى الوصية بعد القسمة[4] .

---

(١) انظر : شرح العناية على الهداية ١٠/ ٤٢٧، ٤٢٩ ،وانظر تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ .

(٢) انظر : حاشية الشلبى على الزيلعى ٦/ ١٨٤ ،وانظر : رد المحتار ٦/ ٦٥٧، ٦٥٨ .

(٣) انظر : حاشية الشلبى ص ١٩٥ ،وانظر : المبسوط ٢٩/ ١٣ ،وانظر: نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠/ ٤٦٠ ،وانظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٩٦ .

(٤) انظر: عقد الوصية ٢٥ ،وانظر: بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٤٥، ٤٩٦١ .

أما اذا حدثت الزيادة بعد الموت وقبل القسمه سواء كان حدوثها قبل القبول أم بعده فانها تدخل فى الوصية ، وتصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث ، وهذا رأى عامة المشائخ[1] ، وهو ما أيده الكاسانى حيث قال[2] : " والأولى أن يقال ان القبول وحده ليس كافيا لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها بالقسمة ، فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى الى أن تنفذ الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محله ويكون ذلك مستندا الى وقت الوفاة " .

وذكر القدورى - وهو من علماء الحنفية - أن الزوائد الحادثة بعد القبول من الموصى له لا تكون داخلة فى الوصية ، بل تكون للموصى له ، وتعتبر نماء ملكه ، وان كانت قبل القسمة .

ويمكن أن يستنتج من قول القدورى : أن التركة بالنسبة للوصية تبقى على حكم ملك الميت الى أن يقبل الموصى له الوصية ، فاذا قبل تقررت ملكية الموصى له للوصية وان كان ذلك قبل القسمة فاذا حدثت الزيادة بعد القبول وقبل القسمه كانت نماء ملكه فلا تعتبر موصى به[3] ، وتلك وجهة نظر أخرى لبعض علماء الحنفية .

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٩٥ ، وانظر: البحر الرائق ٨/ ٤٨٦ . وانظر حاشية بن عابدين ٦/ ٦٧٨ ، ٦٧٩ .

(٢) انظر : عقد الوصية ص ٢٥ ، فقد اقتبسه ، وانظر: شرح قانون الوصية ٥٣

(٣) المصادر السابقة ، وانظر عقد الوصية ٢٦ ، وانظر: رد المحتار ٦/ ٦٧٨ .

ونوضح ذلك بالمثال :

اذا أوصى شخص بفرس فولدت مهرا : فهنا أربع حالات : -

١ - أن تلده قبل موت الموصي ، فهذا يكون لورثة الموصي .

٢ - أن تلده بعد قبول الموصى له بعد موت الموصي ، وبعد قسمة التركة بين الورثة فهذا يكون للموصى له ، لأنه نماء ملكه .

٣ - أن تلده قبل القبول وقبل قسمة التركة ، ففي هذه الحالة تسري الوصية الى الولد ، فان خرجت الفرس وولدها من الثلث كما اذا ترك مائة وعشرين دينارا ، وكانت قيمة الفرس عشرين ، وقيمة ولدها عشره ، فهما للموصى له . أما اذا لم يخرجا من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة كما اذا ترك مائة وعشرين دينارا وكانت قيمة الفرس ثلاثين ، وقيمة ولدها ثلاثين : يخرج الموصى له بالثلث وهو أربعون دينار ويأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم أولا ، فان فضل شيء أخذه من الولد ، ففي المثال المذكور يكون للموصى له على رأي الصاحبين ثلثا كل واحد منهما وعلى رأي الامام تكون له الأم وثلث الولد .

وحجة الصاحبين أن الولد دخل في الوصية تبعا حال اتصاله بها ، فلا يخرج عن الوصية بالانفصال ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم ، كأن الوصية ، وقعت بهما جميعا .

وحجة الامام : أن الأم أصل ، والولد تبع في الوصية ، والتبع لا يزاحم الأصل ، ولو نفذنا الوصية فيهما جميعا لانتقضت الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز .

٤ - أن تلده بعد القبول وقبل القسمه ، وهى مثل الحاله الثالثه في الحكم على رأى عامة المشائخ ، فيصير الولد موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول .

وعلى ما ذكره القدورى لا يصير موص به ، ولا يعتبر خروجه من الثلث فيكون للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمه .

أما الزيادة بالغلة والكسب فعلى رأى عامة المشائخ هى مثل الزيادة بالولادة ، أما القدورى فقد ذكر أن الزيادة بالغلة والكسب اذا حدثت بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له لا تصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال ، كما لو حدثت بعد القسمه ، فعلى ماذكره القدورى تعتبر الزيادة بالغلة والكسب ملكا للموسى له ، وان كان حدوثها قبل القبول ، ولا تعتبر وصيه[1] وهذا ما يوافق رأى الشافعية على ما سنراه .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٩٥ ، وانظر : البحر الرائق ٨/٦٨٤ ، ونتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٦٠ ، وحاشية بن عابدين ٦/٦٧٩ ، وبدائع الصنائع حـ ١٠/٤٩٦٠ ، وانظر : عقد الوصية ٢٦ .

ثانيا : مذهب المالكية :

اختلف فقهاء المالكية في وقت ثبوت الملكية للموصى له على ثلاثة أقوال[1] :

الأول : أن العبرة في تنفيذ الوصية وقت الموت .

الثاني : العبرة فيه وقت القبول .

الثالث : العبرة فيه وقت الموت ووقت القبول معا .

فمن اعتبر في تنفيذ الوصية وقت الموت فقط ،قال : الغلات الحادثة بعد الموت ،وقبل القبول ،كلها للموصى له ،لأنه بقبوله تبين أنه ملكها من حين الموت . وهذا موافق لقول الشافعية والحنفية .

ومن اعتبر في تنفيذها وقت القبول فقط ،قال الغلات الحادثة قبل القبول كلها للموصي ،لأنها من جملة ماله . كالحادثة قبل الموت وهذا موافق لقول الحنابلة . ومن راعى الأمرين معا (وقت الموت ووقت القبول) لأن القبول شرط في تنفيذها والملك بالموت ،قال : للموصى له ثلثها .

ومراعاة الأمرين معا ،هو المشهور وأعدل الأقوال عند سحنون فالغلة قبل القبول وبعد الموت تركة تسرى الوصية لثلثها .

فمثلا ،لو أوصى لشخص ببستان يساوى الف دينار ،وكان ذلك يعادل ثلث ماله ،ثم مات الموصي ،وتأخر قبول الموصى له حتى أثمر البستان فزاد ثمنه مائتي دينار فأصبح يساوى ألفا ومائتي دينار ،ثم قبل الموصى له الوصية بعد ذلك .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٢٤ .

* فعلى القول الأول الذى يعتبر ثبوت الملكية من وقت الموت يكـون البستان الذى يساوى الفا مع المائتين الزائدتين حقا للموصي لـه لأنه ثبت له ملك البستان بوفاة الموصي فما يحدث فيه يكون حقا لـه

* وعلى القول الثانى الذى يعتبر ثبوت الملكية من وقت القبول ،يكون للموصى له خمسة أسداس البستان وهو ألف دينار ،لأن السدس الذى زاد وهو يعادل مائتي دينار حدث قبل قبوله فيكون حقـا لورثة الموصي .

* وعلى القول الثالث والذى يراعى الأمرين (وقت الموت ووقت القبـول معا) يكون للموصى له الأصل وهو يساوى الألف ،وثلث الثمـره، لأنـه وان ثبتت ملكيته بموت الموصي ،كما فى القول الأول يعتبر القبول فى تنفيذ الوصية ،فالزيادة الحاصله والحادثه قبل القبول تعتبر تركه ،فيستحق الموصى له ثلثها ،والورثه ثلثيها ،وذلك أعدل الأقوال وأشهرها[1] عند سحنون[2] . وعلى ذلك يأخذ الموصى له الفا مع ثلث المائتين .

---

(١) انظر : الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٩ ،وانظر : عقد الوصيـة للدكتور بدران ص ٢٧ ، ٢٨ ،وانظر : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ٣/ ٤٢٢ - ٤٢٣ .

(٢) هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب ،التنوخي ،الملقـب بسحنون ،الفقيه المالكي ،ولد بالقيروان سنة ١٦٠ هـ،أصله من الشام من حمص ،كان رفيع القدر عفيفا ،ولي القضاء بالقيروان سنة ٢٣٤ ، واستمر حتى مات سنة ٢٤٠هـ ،وقد ألف أبوالعرب محمد بن أحمد بن تميم كتاب : " مناقب سحنون وسيرته وأدبه " أنظر: وفيات الأعيان ٢/ ٣٥٢ - ٣٥٤ ،الديباج المذهب ص ١٦٠ - ١٦٦ ،الاعلام ٦/ ١٢٩

ثالثا : مذهب الشافعية :

أظهر الآراء[1] فيما ورد عن الشافعية فى وقت ثبوت الملكية أنها تبتدئ من حين وفاة[2] الموصي ، ولكن لا تثبت الا بقبول الموصى له فاذا قبل حكمنا بأنه ملك الوصية من حين الموت ، وكان الملكية فى الفترة بعد وفاة الموصي ، وقبل قبول الموصى له متوقفه تحتمل الثبوت للموصى له ان قبل ، أو للورثة ان رد ، فان قبل الموصى له الوصية آلت اليه ملكية الموصى به من حين الوفاة ، وان ردها آلت التركة كلها ومنها الوصية الى الورثة من حين الوفاة ايضا .

وقد يقال : ان العين الموصى بها فى هذه الفترة على هذا القول لا مالك لها .

والجواب عن ذلك : أن لها مالكا وان كان غير معروف ، وقبول الوصية بعد ذلك أوردها هو الذى سيبينه ويعينه[3] .

---

(١) وهناك رأى آخر عن ابن الحكم ، أن الموصى له يملك الوصية بالموت فقط ، ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث . ينظر : المجموع شرح المهذب ١٥/ ٦٦ .

(٢) لأنه لا يجوز أن يكون للميت ، لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك التصرف فيه الا بعد الدين والوصية ، ولا يجوز أن يكون للموصى له ، لأنه لو انتقل اليه بمجرد الموت ، لم يملك رده . . كالميراث فتعين وقفه ، وبذلك يرد على ما قاله ابن الحكم .
ينظر : المصدر السابق .

(٣) عقد الوصية ٢٤ .

وعلى هذا المذهب يكون القبول شرطا للزوم الوصية ، وليس بجزء متمم لها ، لأن السبب الموجد للملكية هو ايجاب الموصي فقط ، لكن يشترط لاعمال ذلك السبب قبول الموص له بعد الوفاة لأن الملك بالوصية مضاف الى الموت ، فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت ، وان تأخر القبول - وكأن الموصى له بقبوله - قد قبل ملكا مضافا الى وقت تنفيذ العقد من وقت انشائه لا من وقت اجازته ، وبناء على ذلك تكون زوائد العين الموصى بها اذا حدثت بعد الوفاة وقبل القبول ملكا للموص له ، لأنها تعتبر نماء ملكه الخاص ولا تعتبر وصيه ، ومن باب أولى تعتبر ملكا اذا حدثت بعد القبول وقبل القسمة أوبعدها (١).

---

(١) انظر : المجموع شرح المهذب ١٥ / ٦٦ ، ومغنى المحتاج ٣ / ٥٤ ، ونهاية المحتاج ٦ / ٦٧ ، وعقد الوصية للدكتور بدران ٢٤ ، ٢٥ .

رابعا : مذهب الحنابلـة :

أرجح[1] الأقوال عندهم أن الملكية تثبت من وقت القبول ،فلا وجود لها قبله ،وذلك لأن القبول شرط لثبوت الملكية بالايجاب فهو شرط لتحقيق موجب السبب ،وحينئذ لا يمكن أن تكون الملكية قبل القبول ،لأن السبب وهو ايجاب الموصي لا يتحقق موجبه بدونه ،أو لأن القبول من تمام السبب للملكية ،فلا تقدم الملكية على سببها ،فالسبب ليس الايجاب والوفاة فقط ،وانما السبب هو الايجاب والوفاة والقبول ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها ،وفى ذلك يقول ابن قدامة[2]: " أما الآدمي المعين فيثبت له الملك ،فيعتبر قبوله ،لكن لا يتعين القبول باللفظ بل يجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا ويجوز القبول على الفور والتراخي ،ولا يكون الا بعد موت الموصي ،فاذا قبل ثبت له الملك من حين القبول على الصحيح من المذهب .

وفى منتهى الإرادات[3] : " ومحله : بعد الموت ،ويثبت ملك موصى له من حينه ،فلا يصح تصرفه قبله .. " وقد وافق على هذا الرأى بعض المالكية ،كما وجد عند الشافعية .

---

(1) وذكر أبو الخطاب فى المسألة وجها آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك يثبت حين موت الموصي ،وهو ظاهر مذهب الشافعي ،وقد ناقش ابن قدامة ما استدل به الخطاب. انظر: المغنى والشرح الكبير ٦ / ١٤١ ، ١٤٢ ، وانظر الانصاف ٧ / ٢٠٦ ،فقد ورد فيه قوله : "وان قبلها بعد الموت: ثبت الملك حين القبول فى الصحيح . وقد علق الشارح على ذلك بقوله : "وهو المذهب قاله المصنف وغيره . وأومأ اليه الامام احمد رحمه الله ونصره القاضي ، واصحابه وقدمه فى الفروع . (٢) المغنى والشرح الكبير ٦ / ٤٤١ .

(٣) انظر : منتهى الارادات ٢ / ٤٠ .

أما ملكية الموصى به في الفترة التي بين وفاة الموصي ، وقبول الموصى له فقد اختلف فيها ، فقيل : يثبت الملك للموصى له من حين القبول ، وتستمر للموصى حتى تئول للموصى له بقبوله ، وفي ذلك يقول ابن قدامة[1] : " وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع ، فانه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك فيما اذا نصب شبكته فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى منه ديونه ، وتنفذ وصاياه ان كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية ، وامتناع انتقاله الى الموصى له قبل تمام السبب " .

وقيل : يتبين ثبوت الملك من حين موت الموصي[2] ، ويكون قبل القبول مملوكا للورثة ملكا غير مستقر ، فان قبل ملكه منهم ، وان رد استقر الملك لهم فيه ، وعلى أي حال فنماء الموصى به فيه قولان ، قول انه لورثة الموصي ، وهو الصحيح ، وقول انه للموصى له ، فيكون النماء لمن الملك له " .[3]

---

(١) قال ذلك أثناء توجيهه للرأي القائل ان الملك يثبت في الموصى به للموصى له من حين القبول ، انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٤٢ و ٥٩١ .

(٢) نقل صاحب الانصاف عن العمدة قوله : " ولو وصي بشيء ، فلم يأخذه الموصى له زمانا : قوم وقت الموت ، لا وقت الاخذ . أ.هـ انظر : الانصاف ٧/٢٠٦ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٩٤ ، وانظر الانصاف ٧/٢٠٦ ، ٢٠٧ ، وعقد الوصية ٢٣ ، ٢٤ .

وبالموازنة بين المذاهب الأربعة في وقت ثبوت الملكية وفي الزوائد يتضح يسر المذهب الشافعي ، وسهولة تطبيقه ، وان كان المذهب الحنفي أدق .

أما مذهب القدوري ، فاننا لو أخذنا بما قاله في هذه المسألة لضاقت شقة الخلاف بين المذهبين .

ومن أجل ذلك : فاننا نختار ما ذهب اليه الشافعية ، والحنفية من ثبوت الملكية للموصى له بقبوله مستندة الى وفاة الموصي ، وهو القول الثاني عند الحنابلة ، والقول الثالث عند المالكية ، لأن الموصي قصد تمليك الموصى له عقب الوفاة مباشرة ، لأنه لو كان يريد وقتا معينا لعينه ، فالقول بثبوت الملك من حين القبول مستندا الى وقت وفاة الموصي ، فيه تحقيق لغرض الموصي من الوصية ، ومراعاة لجانب الموصى له ، حيث جعلنا الثبوت موقوفا على قبوله حتى لا نكون قد ألزمناه بما قد يتضرر منه فاذا قبل تبينا أنه قد ملك الموصى به من وقت الموت ، لأنه انعقد فيه سبب الملك ، وهو الكلام السابق بالوصية ، لكونه مضافا اليه ، وقد تحقق تمام ركنه أو شرطه[1] مستندا اليه وهو القبول[2] ولو كان متأخرا ، وفي ذلك يقول الكاساني[3] : " وأما قبل القبول ، فلأن الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت ، لأن الكلام السابق صار سببا لثبوت الملك وقت الموت ، لكونه مضافا الى وقت الموت ، فصار سببا عند الموت ، فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت .. " ويقول في ذلك أيضا صاحب اللمعة

---

(١) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٥٤ ، وانظر : التركة لمحمد الكشكي ١٦٣ .

(٢) على الخلاف الذي سيأتي بيانه في محله .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٤٩٥٩/١٠ .

الدمشقية وشرحها[١] : " والظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لا ناقل له من حينه ، اذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك[٢] ، اذ الميت لا يملك لخروجه به عن أهليته كالجمادات وانتقال ماله عنه ، ولا للوارث ، لظاهر قوله تعالى[٣] (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فلو لم ينتقل الى الموصى له ، لزم خلوه عن المالك اذ لا يصح لغير من ذكر) .

وبما أخذنا به من الأقوال أخذ به قانون الوصية المصرى ، فقد اختار القول بثبوت الملكية بقبول الموصى له من حين وفاة الموصى ، ونص على أن تكون نفقة الموصى به فى المدة التى بين الوفاة وقبل القبول على الموصى له ، الا أنه أخذ برأى الشافعية فى أن زوائد العين الموصى بها الحادثة بعد وفاة الموصي وقبل القبول ، تكون للموصى له ، لأنها نماء ملكه الخاص ، ولا تعتبر وصية ، جاء ذلك صريحا فى المادة الخامسة والعشرين ونصها[٤] : " اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق فى وقت معين بعد الموت ، وتكون زوائد الموصى به من حين الملك الى القبول للموصى له ولا تعتبر وصيه ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به فى تلك المده " .

---

(١) انظر : التركة لمحمد الكشكى ١٦٣ فقد اقتبسه .

(٢) ورد بأنه لا سائبة فى الاسلام .

(٣) سورة النساء آية رقم ١٢ .

(٤) انظر شرح قانون الوصية لمحمد أبو زهرة ص ٢٧٧ .

المبحث الرابـــع

رد الوصية من الموصى لـــــه

إذا رد الموصى له الوصية ،فإما أن يكون ذلك الرد فى حيـــــاة الموصي ،واما أن يكون بعد وفاته .

فإن كان الرد فى حياة الموصي ،فلا عبرة به ،عند جمهور الفقهـاء خلافا لزفر من الحنفية ،فقد ذهب الى أن هذا الرد مبطل للوصيـــة فى مقدار ما رد منها كلا أو بعضا .

وقد تكلمنا عن ذلك فى موضعه . وانتهينا الى ترجيح قول الجمهور وعللنا سبب الأخذ به .

أما إن كان الرد بعد وفاة الموصي - والذى هو موضوع هـــــذا المبحث - فاما أن يكون ذلك قبل قبول الموصى له الوصية أو بعـــــد قبوله لها .

فإن كان الرد قبل قبوله الوصية صح الرد ،وبطلت الوصية عنـــــد جمهور الفقهاء ،لأنه أسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه ،فأشبـــــه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع ،وبذلك يستقر الملك للورثة فـــــى الموصى به[(١)] .

والى هذا الرأى مال قانون الوصية المصرى فقد جاء فى المادة[(٢)] الرابعة والعشرين منه : " فاذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعـــــد

---

(١) انظر : المجموع شرح المهذب ١٥ / ٦٦ / ٦٩ ،وانظر: روضة الطالبين ٦ / ١٤٢ ،وانظر: مطالب أولى النهى ٤ / ٤٥٨ ،وانظر: كشاف القنـــاع ٤ / ٣٤٤ . وانظر: الكافي ٢ / ٤٨٣ ،وانظر: المغنى مع الشرح الكبيـــر ٦ / ٤٣٧ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد أبو زهرة ٢٧٧ .

بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد ... " .

أما ان كان الرد حدث بعد قبوله الوصية ، فان للعلماء فى ذلك رأيان ،

الأول : التفريق بين أن يكون الرد حصل بعد القبول والقبض أو يكون حصل بعد القبول وقبل القبض ،فان كان الرد حدث بعد القبول وبعد القبض ،فلا يصح لأن الملك ثبت بالقبول ،واستقر بالقبض فأشبه رده لسائر ملكه ،اللهم الا أن يرضى الورثة بذلك فيكون هبة منه لهم تفتقر الى شروط الهبة ،فيصح رده،ويأخذ كل أحكام التبرع المبتدأ الذى لا يرتبط بكون سبب ملكه وصية أوغيرها وهذا رأى الشافعية ،والحنابلة .

أما ان كان الرد حصل بعد القبول وقبل القبض ،فعند الحنابلة يصح الرد اذا كان الموصى به مكيلا أو موزونا ،لأن المثلي لا يتعين تعينها كاملا الا بالقبض ،لأن القبض هو الذى يقرر الملكية فيه،فيصح الرد أما اذا كان الموصى به غير مكيل ولا موزون فلا يصح الرد ، لأن القيمي معين من غير حاجة الى قبض ،فيكتفى فى تقرير الملكية فيه بالقبول ،فلا يصح رده ،ويحتمل أن يصح الرد ،بناء على أن القبض معتبر فيه[1].

وعند الشافعية وجهان :

أحدهما : لا يصح الرد - على الأصح - لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض .

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٣٧ ،وانظر : كشاف القناع٤/ ٣٤٥ ، وانظر: الكافي ٢/ ٤٨٣ ،وانظر:الانصاف ٧/ ٢٠٥ ،وانظر: المجموع شرح المهذب ١٥/ ٦٩ ،وانظر : عقد الوصية ٢١ .

الثاني : صحة الرد من غير تفرقة بين مكيل أو موزون وغيرهما ،لأن ورثة الموصي لما ملكوا الرد من غير قبول ،ملكوه من غير قبض ، ولأن ملك الموصي له لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده ،كما لو رده قبل القبول .

هذا وفي كل موضع صح الرد فيه تبطل الوصية بالرد ،وترجع الى التركة ،فتكون للورثة جميعهم ،ولو عيّن بالرد واحدا ،أو قصد تخصيصه بالوصية المردودة كلها لم يكن له ذلك ،وكانت لجميعهم لأن رده امتناع عن تملكها فبقيت على ما كانت عليه ،ولأنه لا يملك دفعها للأجنبي ،فلا يملك دفعها الى وارث يخصه بها ،وفي كل موضع لا يصح رده لاستقرار ملكه على الوصية فله أن يخص بها واحدا من الورثة ،لأن ذلك يعتبر منه ابتداء هبة ،ويملك دفعها الى أجنبي ،فكذلك يملك دفعها الى أحد الورثة(١).

الرأي الثاني : مذهب الحنفية(٢) ،وهو أنه يصح رد الموصى له الوصية بعد قبولها سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده ،وسواء كان الموصى به مالا مثليا أو قيميا - ويعتبر ذلك فسخا للوصية ،ولكن بشرط أن يقبل منه الورثة ذلك كلهم ،أو بعضهم ولو كان واحدا ،واذا رد بعض الوصية فكذلك يصح الرد منه في هذا البعض ،وتفسخ الوصية فيما رده ،ويكون تركه ،فان لم يقبل منه ذلك أحد الورثة بطل رده،

---

(١) انظر : روضة الطالبين ١٤٢/٦ ،وانظر: المجموع شرح المهذب هـ ٦٩/١٥ ،وانظر : مغني المحتاج ٥٣/٣ ،وانظر: المغني والشرح الكبير ٤٣٨/٦ .

(٢) انظر : رد المحتار شرح الدر المختار ٦٥٨/٦ .

وفى ذلك يقول ابن نجيم[(١)] فى الأشباه والنظائر : " واذا قبلهـــا ثم ردها على الورثة ،ان قبلوها انفسخ ملكه والا لم يجبروا " .

وانفساخ الوصية بقبول أحد الورثة نص عليه السرخسى فى المبسوط وعلل ذلك بأحد أمرين[(٢)] : -

١ - أن الرد عليهم فسخ للوصية ،وهم قائمون مقام الميت، وأحـد الورثة يقوم مقامهم ،فاذا قبلوا الرد ،أو أحدهم ثم الفسـخ بالتراضي ،لأن كل وارث يصح أن يقوم مقام الموصي ،فـاذا أبوا جميعا الرد بطل الرد من الموصى له ،لأن الرد فسخ للعقد ،فيجب أن يلاحظ فيه أصل انعقاده ،فان كان ينعقد بالايجاب والقبول ،فكذلك فسخه يجب أن يكون بالتراضي .

٢ - أن هذا الرد فسخ لقبوله ،وهـو ينفرد بفسخ القبول فـى حق نفسه ،وانما كان لا يثبت فى حق الورثة اذا أبو ذلـك جميعا ،دفعا للضرر عنهم ،وعن مورثهم ،فاذا رضوا بذلـك أو رضى به أحدهـم ،وهـو قائم مقامهم فى فسخ القبـول منهم ،صار كأنـه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثا للورثـة .

وبوجهة نظر الحنفية أخذ قانون الوصية المصرى ،فقد تضـت الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة والعشرين[(٣)] : أن الموصى لـــه " اذا رد الوصية كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منـه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ،وان لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده " .

---

(١) انظر : الأشباه والنظائر ص ٣٤٧ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسى ٢٨/ ٤٩ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد أبو زهرة ٢٧٧ .

وبالموازنة بين رأى الحنفية ورأى غيرهم من الشافعية والحنابلة ، يتضح ضعف الأساس الذى بنى عليه الحنفية رأيهم فى صحة رد الوصية بعد قبولها ،وهو اعتباره فسخا للوصية ،وذلك لأنه بموت الموصي وقبول الوصية من الموصى له بالتلقي عن الموصي لا عن الورثة، فاعتبار الرد فسخا فى حالة قبول الورثة له ضعيف من وجهين[1] :

الأول : أن الموصى له لم يتلق الملكية من الورثة ،وانما تلقاها من الموصى ،وقد تمت الوصية بموته تماما لا يلحقه فسخ من جهته .

الثاني : أنه فسخ مع غير من عقد الوصيه ،وما كان يتصور فسخ للوصية مع الموصي حتى يقال أن الورثة حلوا محله فى ذلك ،لأنها لا تتم ولا تلزم الا بعد موته بشرط قبول الموصى له أو موته بلا رد ،كذلك اشتراط القبض لعدم صحة الرد - على ما هو مبين فى مذهبي الشافعية والحنابلة - لا يظهر له وجه قوى الا على أنه تبرع مبتدأ ،فيأخذ حكم التبرعات المنشأة .

لذلك : نري ترجيح الرأى القائل بعدم صحة الرد بعد القبول وان لم يوجد قبض

... ...

(١) انظر : عقد الوصيه ٢٢ للدكتور بدران .

المبحث الخامس

تعليق أو اقتران الوصية بالشرط

الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزه الا عقد الوصية والايصاء فانه لا ينعقد بصيغة منجزه ،لأنه تصرف مضاف لما بعد الموت ،الا أن ذلك لا يمنع من تعليقه على شرط مادام أنه لا يفيد التمليك الا بعد الموت ،كما لا يمنع من اقترانه بالشرط .

فالعقد المعلق على الشرط : هو مارتب وجوده على وجود شيء آخر كقوله لآخر : اذا لم يحضر وكيلي فلان من السفر قبل انتهاء هذا الشهر فأنت وكيلي بدلا عنه .

فالصيغة المعلقة على شرط لا تنشئ الوصية الا بعد تحقق هذا الشرط ،فأما قبله فلا ،كما أنه لا يعتبر التعليق حقيقيا الا اذا كان التعليق فيه على أمر يتوقع وينتظر حصوله في المستقبل كما في المثال المذكور . أما اذا كان التعليق على أمر حاصل وواقع فان التعليق حينئذ صوري ،وهو في الحقيقة تنجيز ،كما لا يعتبر من التعليق في شيء ما لو علق وجود شيء على أمر مستحيل[1] ، كما اذا قال لآخر: ان شربت ماء المحيط أوصيت لك بكذا ،فهذا الكلام لا يترتب عليه شيء اذ الغرض منه أن يؤكد عدم الوصية بدليل تعليقه على أمر فيه تعجيز له ،وهو شرب ماء المحيط .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصيه لمحمد ابو زهرة ص ٣٧ ،وانظر : عقد الوصية لدكتور بدران ٣٢ ،ومابعدها . وانظر: أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٥٨ .

وأما العقد المقترن بالشرط ،فهو الذى تصدر فيه الصيغة منشئة للعقد ،على أن يكون العقد مقيدا فى أحكامه بشروط معينة،أو بعبارة أخرى : وصدر فيه الايجاب أو لا غير مقيد بشئ ثم أعقب بشرط زائد عليه ،كأن يقول : شخص لآخر : بعتك منزلى هذا بكذا بشرط أن تزوج ابنى ابنتك . فيقول الآخر قبلت .

اذن فالوصية موجودة مع الاقتران غير موجودة مع التعليق الا بعد تحقق الشرط المعلق عليه وجود المشروط سواء كان ذلك الشرط مما يوجد فى حياة الموصي ،أو مما لا يوجد الا بعد وفاته فقد عدها صاحب جامع الفصولين[(١)] وغيره مما يقبل التعليق بالشرط ،فقد صرح الماوردى[(٢)] من الشافعية بجواز تعليقها ،ومثلوا لذلك بقول الموصي : " أوصيت لفلان بكذا ان تزوج ابنتى فلانه " .

كما صرح الحطاب[(٣)] من المالكية بصحة تعليق الوصية على شرط ومثلوا لذلك بقول الموصي : " ان مت من مرضي هذا فقد أوصيت لفلان بكذا فمات فيه " .

وورد فى حاشية ابن عابدين[(٤)] : " لو قال لمديونه : " اذا مت فأنت برئ من دينى الذى عليك صحت وصيته " لأن تعليق الوصية بالشرط جائز ،وقد علل صاحب المحيط البرهاني[(٥)] من الحنفية لجواز

---

(١) انظر : جامع الفصولين ٢/ ٦ .

(٢) انظر : حواشي تحفة المحتاج ٧/ ٧ .

(٣) انظر : حاشية الدسوقى ٤/ ٤٢٨، ٤٢٩ .

(٤) انظر : حاشية بن عابدين ٦/ ٦٦٦ ،وانظر: جامع الفصولين ٢/ ٣

(٥) انظر : أحكام الوصية ،فقد اقتبسه الشيخ على الخفيف ١٠٤ .

تعليق الوصية بالشرط ، بأن في ذلك اثبات للخلافة معلقا على شرط ، وذلك جائز ، وقد جاء في الكافي[١] ما يدل على جواز تعليق الوصية على شرط في الحياة ، أو على شرط بعد الموت[٢] .

ثم ان الشروط المقترنة بعقد الوصية منها ما هو معتبر في نظر الشرع ، ومنها ما هو ملغي لا اعتبار له ، وذلك أنها خاضعة لما هو مقرر شرعا من أنه لا يوافق على كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم ، ولا يحميها ، وانما يقر منها ما هو ملائم ومحقق لمصالح الناس ويمنع ما سوى ذلك مما فيه مخالفة لا تصلح وواقع الناس ، ومثله في ذلك القوانين الحديثة في موقفها من الشروط المخالفة للنظام العام .

وتأسيسا على ما تقرر شرعا سار الفقهاء جميعا على هذا الأصل ، وهو أن من الشروط شروطا صحيحة ، وأخرى غير صحيحه ، وانما حصل الخلاف بينهم في تحديد دائرة كل نوع[٣] .

وحيث ان هذا الاختلاف ، وتباين وجهات النظر بينهم في ذلك له صلة قوية بعقد الوصية حال اقترانه بشرط من الشروط ، وتوقف صحته أو بطلانه على الشرط المقترن به ، ذلك أن عقد الوصية من العقود التي تقبل الاقتران بالشرط ، والا فان بحث هذا الاختلاف أساسا في مواطنه الخاصة به من كتب الفقه - حيث كان الأمر كذلك رأيت من الملائم عرض آرائهم بايجاز حتى يتسنى لنا من خلال ذلك معرفة كون الشرط المصاحب لعقد الوصية صحيحا أو باطلا ، وكان اختلافهم على

---

(١) انظر : الكافي ٢/٤٨٢ .

(٢) وعلل لجواز تعليقها على شرط في الحياة بأن الوصية تجوز في المجهول فجاز تعليقهاعلى شرط كالطلاق ، وعلل لجواز تعليقها على شرط بعد الموت بأن مابعد الموت في الوصية كحال الحياة .

(٣) انظر : المصادر السابقة .

على الوجه الآتي : -

أولا : مذهب الحنفيـــة :

ينقسم الشرط المصاحب للعقد عندهم الى ثلاثة أقسام ،صحيح وفاسد ،وباطل .

فالشرط الصحيح : ما هـو يقتضيه العقد بحيث لولم يذكر لكـــان الوفاء به واجبا بمقتضى العقد نفسه ،لأنه مما تم التعاقد والاتفاق عليه ،فكان جزءاً من العقد يلزم بلزومه ،مثل : اشتريت منك هذا الفرس على أن تسلمها الى متى أديت اليك الثمن ،وكاشتراط تسليم الوصية للموصى له بعد موت الموصي ،أو يؤكد موجبه وليس محظـــورا مشرعا مثل أن تقول الزوجة تزوجتك على أن يكفل لي أبوك المهر ، وبما يجب لي عليك من النفقة ،أو يكون قد ورد بجوازه دليل شرعي كاشتراط الخيار في البيع ،أو اشتراط تأجيل الثمن ،أو جـــرى به العرف المعتبر شرعا مثل ،أن يشترى شخص ساعة ويشترط على البائع أن يقوم باصلاحها مدة سنة مثلا[(1)]. أو يكون ملائما للعقـــد وليس محظورا شرعا ،وقد فسره بعض الحنفية بأنه المقرر لمقتضـــى العقد أو المؤكد لمقتضاه ،وفسره صاحب السراج الوهاج[(2)] بأنــــه ما كان راجعا الى بيان صفة مطلوبة في محل العقد أو في أثـره[(3)] مثل ما اذا أوصى شخص لفلان بمنفعة دار على ألا ينتفع بهـا الا

---

(1) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٢/٣٤ .

(2) انظر أحكام الوصية للشيخ على الخفيف فقد اقتبسه ص ٨٠ .
وانظر : السراج الوهاج ٣٤٦ .

(3) وفي ذلك يقول الشيخ على الخفيف: وهذا التفسير أوضح وأشمل من سابقه ،وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عندهم أربعة أنواع.المصدر السابق .

مدة ثلاث سنوات بعد وفاته ،وعلى أن تكون منفعتها لفلان آخر بعد هذه المدة ،فتصح الوصية ،والشرط ،لأنه شرط صحيح ملائم للوصية من ناحية أنه مبين لما أوصى به ،وان كان فيه منفعة لغيرهما . ومثل الشرط الملائم وهو محظور شرعا أن يوصي شخص لآخر بأن ينفق في عمارة مسجد كذا الف جنيه من ماله على أن يصرف نصفها في تذهيب سقفه ،فالوصية صحيحة والشرط لاغ ،لأن اشتراط تذهيب المسجد مما نهى عنه شرعا ،لأن فيه اضاعة للمال بدون فائدة وهو محرم شرعا[١] .

الشرط الفاسد : هو ما كان زائدا على مقتضى العقد ،غير موافق له ولا مؤكد له ،ولم يرد به دليل شرعي ،ولم يجر به عرف ،وفيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء أكان أحد العاقدين أم غيرهما ،مثل أن يوصي شخص لآخر بهذه الدار على أن يحج بثمنها ،فالوصية للموصى له يفعل بها ما يشاء[٢] ، اذ مقتضى العقد أن يكون الموصى به ملكا للموصى له ،والمالك يتصرف في ملكه بما يشاء ،فمن هنا كان الشرط فاسدا ،لأنه جاء على خلاف ما يقتضيه العقد ،فصار لاغيا ،والوصية صحيحة .

ومثله من يوصي لشخص بعين ،ويشترط أنه اذا مات الموصى له والعين الموصى بها قائمة على ملكه تكون لفلان ،ولا تكون لورثة الموصى له ،فان هذا الشرط فاسد ،لأن الوصية عقد تمليك ،والموصى له اذا ملك الوصية كان ملكه تاما ،ولورثته بعد موته ،فاشتراط

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : البحر الرائق ٨/ ٤٦١ .

أن تكون العين الموصى بها - اذا كانت قائمة بعد وفاته لشخص آخر لا لورثته شرط فاسد لمنافاته لمقتضى العقد ، والشرط الفاسد اذا اقترن يعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والاجارة ونحوهما أفسد العقد ، بخلاف ما لو اقترن بعقد ليس فيه معاوضة مالية كالنكاح ، والهبة ، والخلع ، والوصية ، ونحو ذلك كان العقد صحيحا والشرط فاسدا [(١)].

الشرط الباطل : ما كان مخالفا لمقتضى العقد زائدا على ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لانسان غيرهما مثل : بعتك هذا القماش بشرط أن تحرقه ، أو بعتك هذا الكتاب بشرط أن لا تقرأه الا كل سنه مرة ، ففى مثل هذين المثالين العقد صحيح ، والشرط باطل وليس له تأثير على صحة العقد .

اذن فبناء على ما تقدم من تقسيم الحنفية للشرط المصاحب للعقد الى ثلاثة أقسام صحيح ، وباطل ، وفاسد ، فان العقود عندهم من حيث اقترانها بالشرط تنقسم الى قسمين : -

أولهما : عقود يختلف حكمها باختلاف ما يصاحبها من الشروط فاذا اقترنت بالشرط الصحيح صحت هى ووجب الوفاء بالشرط ، واذا قترنت بالشرط الفاسد فسدت هى تبعا لفساد الشرط ، واذا اقترنت بالشرط الباطل صحت هى وبطل الشرط فقط ، وينتظم هذا كل عقود المعاوضات المالية كالبيع ، أو مبادلة المال بالمنافع كالاجارة .

---

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٤ .

ثانيهما : عقود تصح اذ اقترنت بالشرط مطلقا ،فاذ اقترنت بالشرط الصحيح صحت ،ووجب الوفاء بالشرط ،واذا اقترنت بالشرط الفاسد أو الباطل صحت ولغا الشرط ،ولا يؤثر في العقد ويد خل في هذا القسم العقود التي ليس فيها مبادلة مالية كعقد النكاح وعقد الوصية ،والهبة .(١)

ثانيا : مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى أن الوصية اذ اقترنت بشرط من الشروط، فاما أن يكون صحيحا أو غير صحيح .

فان كان صحيحا صحت الوصية ولزم الوفاء بالشرط الصحيح ،وفاء لما تم التعاقد عليه متى كان الوفاء به ممكنا ،والا انفسخ ،لأن العقد قام على الرضا ،فيلزم الوفاء به . مثل أن يوصى شخص لآخر بدار على أن يسكنها سنة كذا ،ولا يؤجرها لغيره ،فاذا تمت الوصية كان للموصى له السكنى فقط هذه السنة ،ولم يكن له أن يؤجرها لغيره ،لأن هذا شرط صحيح لعدم منافاته لمقتضى العقد ولأنه لم يؤد الى الاخلال بشرط من شروط العقد ،فلزم الموصى له الوفاء به ،جاء في المدونة(٢) من كتاب الوصايا الثاني : " قلت " أرأيت ان أوصى لأم ولده بألف درهم على أن لا تتزوج فقالت لا أتزوج ، وقبضت الألف ثم انها تزوجت بعد ذلك (قال) شهدت مالكا

---

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٤/ ٣٥ ،وانظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ص ٨٢ .

(٢) انظر : المدونة الكبرى للامام مالك ١٥/ ٢٤ ،وانظر: أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨٦ .

سئل عن امرأة هلك عنها زوجها وأوصى اليها على أن لا تنكح فتزوجت قال مالك أرى أن تفسخ وصيتها فأرى مسألتك مثل هذه تنزع منها الألف ان تزوجت[١].

فقد راعى مالك فى هذا الحكم حقيقة ما جعله الموصي شرطا، وفسخ الوصية أو ابطالها متوقف على عدم الوفاء بالشرط ،وهذا الحكم يخالف ما ذهب اليه الحنفية فى هذه المسألة ويمكن توضيح هذه المخالفة بما هو مذكور عندهم فى كتبهم . ففى المبسوط لو أوصى لفلان بالف جنيه على أن لا يتزوج ،فمات الموصي ،ولم يتزوج الموصى له حتى قبل الوصية ،تمت الوصية ،وكان له ما أوصى به له ،واذا تزوج بعد ذلك لم تبطل الوصية ،ولا يسترد منه المال الموصى به ان كان قد أخذه ،ذلك لأنها مشروطة بامتناعه عن الزواج عند موته ،لا بامتناعه عن الزواج الى وفاته ،اذ لا يعقل أن يوصى له بعد وفاته[٢].

هذا حكم الوصية فيما اذا اقترنت بالشرط الصحيح ،اما اذا اقترنت بشرط غير صحيح ،فعندهم أن هذا الشرط اما أن يؤدى الى الاخلال بشرط من شروط صحة الوصية ،أو يؤدى الى منافاة مقتضى العقد ،فان أدى الى الاخلال بشرط من شروط صحة الوصية، كان شرطا باطلا ،ويبطل معه عقد الوصية ،كما اذا أوصى شخص

---

(١) علق الشيخ على الخفيف على هذه المسألة فقال : " يظهر أن الزوجة التى سئل مالك عن الوصية لها اما زوجة كتابيه ،أو أجاز الورثة الوصية لها ،والا فلا وصية لوارث . أحكام الوصية ٨٨ .

(٢) ينظر المبسوط : ٢٨ / ٩٠ ،وينظر المصدر السابق .

لما تحمله هذه المرأة ،بشرط ان لا يستهل عند وضعه ،لأنه شرط يحل ما حرم الله ،لأنه يؤدى الى جهالة توجب نزاعا ، مثل من اشترط الخيار لمدة مجهولة ،فان صاحب الخيار حينئذ قد يرغب فى اطالة أجله وينازعه فى ذلك صاحبه ،وكاشتراط دفع الثمن من ثمرات المبيع ،فقد لا يثمر المبيع ،الا بعد مدة لا يرضاها البائع ،وقد لا يثمر أبدا ،فيحصل النزاع ،فكان شرطا باطلا ، وكذلك يكون الشرط الباطل محرما اذا أدى الى الوقوع فى محرم كما اذا أوصى شخص بأن يشترى لفلان المسلم خمرا بمبلغ كذا ويعطى له ،فان الوصية فى هذه الحاله باطله ،لأن مثل هذا الشرط يؤدى الى الوقوع فى الحرام فبطل وبطلت معه الوصيه .

أما ان أدى هذا الشرط الى منافاة مقتضى العقد ،فهو شرط فاسد ،كأن يوص شخص لفلان بداره بشرط أن لا يؤجرها ،أو بشرط ألا ينتفع بها الا على وضع معين ،فهذا الشرط فاسد ،ومفسد للعقد ،لأنه يتسبب فى حرمان الموصى له مما يملكه بالعقد ، اذا مات الموصي مصرا على هذا الشرط ،اما اذا تركه وتنازل عنه قبل وفاته ،فان الوصية تصح ،والشرط لاغ ،ومثله ما لو اشترط البائع على المشترى ألا يتصرف فى المبيع مدة معينة من الزمن أو لا يؤجره لفلان من الناس . فهذا الشرط فاسد ،لتسببه فى حرمان المشترى مما يملكه بالعقد ،فصار شرطا فاسدا ،ومفسد للعقد ايضا[1]، الا أن يتنازل عما اشترطه ،فيصح البيع ،والشرط لاغ .

---

(١) أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨٧/٨٨ .

يقول : الشيخ على الخفيف : " ولم يتعرض المالكية لهذا التفصيل والبيان فى الوصية يعنى - تقسيم الشرط المقترن بعقد الوصية الى صحيح وفاسد وباطل - اكتفاء بما ذكروه فى البيوع ثم تطبيقه على الوصية . وقال بعد ذلك : " هذا هو مقتضى التطبيق - بعد أن ساق أقسام الشرط المصاحب لعقد الوصية ، ومثل لكل نوع وبين حكم الوصية معه - وان لم أر أنهم قد صرحوا به فى الوصيه[1]" اكتفاء بذكره فى كتاب البيع .

ثالثا : مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن الشرط اذ اقترن بعقد من العقود ، فلا يخلو فاما أن يكون لاشتراطه فى العقد غرض عادة وعرفا ، أو لا يكون لاشتراطه غرض .

فاذا لم يكن فى اشتراطه غرض ، فهو لاغ ، لأن اشتراطه فى هذه الحالة عبث فلا يلزم الوفاء به ، وحينئذ فلا تأثير له فى العقد المشروط فيه ، وذلك محل اتفاق بين جمهورهم ، كأن يبيعه طعاما ويشترط عليه أن لا يأكل منه الا بمقدار كذا ، مثلا أما اذا كان فى اشتراطه فى العقد غرض ، فاما أن يكون من مصلحة العقد اشتراطه أو لا يكون ، فان كان من مصلحة العقد اشتراطه ، صح ولزم الوفاء به ، سواء كان فيه نفع لأحد العاقدين ، أو لهما جميعا ، ومن هذا النوع مايشترط لبيان أحد البدلين ، وبيان صفاتهما ، كاشتراط كون العبد كاتبا أو الدابة حاملا أو لبونا ، فيصح العقد مع الشرط ، لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد ، وهو العلم بصفات المبيع التى يختلف بها الأغراض ، وكاشتراط

---

(١) المصدر السابق .

التوثيق برهن أو كفيل عند تأجيل الثمن .

أما اذا لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه ،فهو شرط فاسد ومفسد للعقد الذى اشترط فيه ،وذلك كاشتراط ما ينافى مقتضى العقد ،مثل أن يشترط الزوج على زوجته أن لا ينفق عليها ،أو يشترط على من اشترى منه حطبا على دابتة ايصاله الى منزله ،ففى هذين المثالين العقد لاغ ،وكذلك الشرط فاسد ،لأنه ينافى ما يقتضيه العقد ،فصار فاسدا ومفسدا للعقد[(١)] .

وبناء على ما تقدم ،فقد اعتمد[(٢)] الشافعية فى صحة عقد الوصية أو فساده على الشرط الذى يقترن به ،فان اقترن بشرط صحيح ، صح ،ولزم الوفاء بالشرط ،فلو أوصى شخص بعتق أمة على أن لا تتزوج عتقت على الشرط ،فان تزوجت لم يبطل العتق ولا النكاح ،لأن عدم الشرط يمنع امضاء الوصيه ،ونفوذ العتق يمنع الرجوع فيه،لكن يرجع عليها بقيمتها ،لتكون ميراثا لورثة سيدها ،اذا ظهر أن الوصية لم تصح لعدم الوفاء بالشرط ،ولو أوصى لأم ولده بألف على أن لا تتزوج فتوفى ولم تتزوج أعطيت الألف ،فان تزوجت بعد ذلك استرجع الألف منها ،لبطلان الوصيه ،لانتفاء وجود الشرط وهو عدم الزواج بعد وفاته ،كما أوصى لها بذلك بشرطه-وبهذا الحكم فى هذه المسألة فقد وافق الشافعية ما ذهب اليه المالكية ،وقد تقدم بيانه - .

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٣/ ٤٣٤ ، ٤٤٢ ،وانظر: حواشي تحفة المحتاج ٧/ ٧/ ٨ ،وانظر: احكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨٩/ ٩٠ ،وينظر: المغنى والشرح الكبير ٤/ ٤٨ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

وفى ذلك يقول صاحب تحفة المحتاج[(١)] : " وبه يعلم أنه لو أوصى لفلان بعين الا أن يموت قبل البلوغ فهى لورثته ،أو أوصى لــه بعين ان بلغ ،وبمنفعتها قبل بلوغه صح ،ولزم شرطه ،وكذلك ان أوصى له بكذا ان لم يفعل كذا فقيل وتصرف فى الموصى بــه ثم فعل ما منع منه ظهر بطلان الوصية والتصرف ،فيرجع الــوارث بعين الموصى به ،أو ببدله ولو بعد أعوام وتنقله من يد الــى أخرى " .

وهذا كله يفيد صحة اقتران الوصية بالشرط ،وصحة تعليقهـا عليه ايضا ،فان من أنواع الاقتران بالشرط ما هو فى معنى تعليق الوصية على الشرط الذى اقترنت به ،وعندئذ يكون حكمها حكـم الوصية المعلقة على شرط ،فيتحقق ثبوتها على تحقق ذلك الشرط[(٢)]. هذا حكم الوصية اذ اقترنت بشرط صحيح ،أما اذ اقترنت بشرط ينافي مقتضاهاكما اذا أوصى لشخص بدار وشرط عليه ان لا يتصرف فيها ،فان هذا الشرط فاسد لمنافاته مقتضى العقد الذى اشترط فيه،وبه تفسد الوصيـة فلا تصح معه[(٣)].

---

(١) حواشي تحفة المحتاج ٨/٧ .

(٢) مثل ما اذا أوصى لشخص بشئ من ماله على أن لا يتزوج ابدا أولا يتزوج مدة سنة فلا تكون الوصية الا اذا تحقق الشرط،وذلك لتصريح الموصي بالتأبيد ،أو التوقيت فان تزوج فى الحال الأولى ،أو تزوج قبل مضىسنة في الحال الثانية،بطلت الوصية لفوات شرطها ،وذلك لأنها وانكانت مقترنة بشرط الا أن الاقتران به فى معنى تعليق الوصية على تحققـه ففى هذه الحالة ،الوصية لا تصح ،ولا يترتب عليها اثرها الا اذا تحقق الشرط ،ينظر : المبسوط ٢٨ ،٨٩ ،٩٠ ،وأحكام الوصية للشيـخ على الخفيف ٨٤/٨٥ .

(٣) المصادر السابقة .

رابعا : مذهب الحنابلة :

الأصل فى العقود والشروط عندهم الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا مادل الشرع على تحريمه وابطاله ، نصا أو قياسا " وأصول أحمد المنصوصه عنه : أكثرها يجرى على هذا القول . ومالك قريب منه . لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط ، فليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه " كما قال بذلك ابن تيمية . (١)

وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يثبته بدليل خاص من أثر أو قياس ، اذ قد بلغه فى العقود والشروط من

(١) ابن تيمية هو أبو العباس ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبى القاسم الخضر النميرى الحراني ثم الدمشقى ، تقى الدين ابن تيمية الامام الحافظ المجتهد شيخ الاسلام ، ولد فى حران سنة ٦٦١ هـ ، وتحول به أبوه الى دمشق ، فنبغ واشتهر ، وطلب الى مصر من أجل فتوى أفتى بها ، فقصدها ، فتعصب عليه جماعة من أهلها ، فسجن مدة ، ونقل الى الاسكندرية ، ثم أطلق ، فسافر الى دمشق سنة ٧١٢ هـ ، واعتقل بها سنة ٧٢٠ هـ ، وأطلق ، ثم أعيد ومات معتقلا بقلعة دمشق سنة ٧٢٨ هـ ، فخرجت دمشق كلها فى جنازته ، وكان رحمه الله داعية اصلاح فى الدين ، آية فى الأصول والتفسير ، فصيح اللسان ، ناظر العلماء وبرع فى شتى العلوم ، وأفتى ودرس ، وهو دون العشرين .

* له تصانيف كثيرة منها : الفتاوى ، وموافقة صحيح المنقول لصريح المعقول ، والايمان ، ومنهاج السنه ، انظر: الذيل على طبقات الحنابلة ٢/ ٣٨٧ - ٤٠٨ ، تذكرة الحفاظ ٢/ ١٤٩٦ ، ١٤٩٨ ، الاعلام ١٤٠ - ١٤١ .

من الاثار عن النبى - عليه الصلاة والسلام - والصحابة ،مالم يبلـغ غيره من الأئمة فقال بذلك ،وبما فى معناه قياسا عليه وما اعتمـده غيره من نص فقد يضعفه أو يضعف دلالته ،وكذلك قد يضعف مـا اعتمدوه من قياس على أن طائفة من أصحاب أحمد قد تعتمد فـى هذا الأصل - الجواز والصحة - على عمومات الكتاب والسنة[1] الـتى تدل على الوفاء بالعقود وبالشروط أساسا فى تصحيح الشروط .

ولهذا روى عن أحمد تصحيح شرط الخيار فى أكثر من ثلاثـة أيام ،وتصحيح اشتراطه فى النكاح ايضا ،وكذلك يجوز قياسا علـى قول أحمد استثناء بعض المنفعة فى العين الموهوبة ،والصـداق وفدية الخلع ،وكذلك يجوز عنده ايضا فى النكاح مراعاة عامـة الشروط التى للمشترط فيها غرض صحيح ،ووجوب الوفاء بها،مادامت لا تخالف الأصل المذكور كاشتراط المرأة الا يتزوج عليها والا ينتقـل بها من بلدها ، فيجوز لها فسخ النكاح اذا تزوج عليها أوانتقـل بها ،كما يجوز عنده أن يستثنى البائع بعض منفعة المبيع ،كخدمـة العبد وسكنى الدار المبيعة مدة كسنة مثلا .

لكنه يرى أن اشتراط شرط ينافي المقصود الأصلي من العقـد مبطل له،كاشتراط التوقيت فى النكاح ،واشتراط أن يطلقها عنـد

---

(١) من الكتاب قوله تعالى " ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " سـورة المائدة: آية (١) . ومن السنة ما رواه البخارى ومسلم عن عبد اللـه ابن عمرو بن العاص فى آية المنافق عن النبى صلى الله عليه وسلم قال أربع من كن فيه كان منافقا خالصا .. وفيه واذا عاهد غدر ،ينظـر الترغيب والترهيب ٤ / ١٠ ،وينظر: رياض الصالحين ٢٣٠ .

طلبها الطلاق ،وكاشتراط البائع على المشترى أن يكون انتفاعه بالمبيع على وجه خاص ،كأن يشترط عليه ألا يركب الدابة المبيعة أو الا يحمل عليها شيئا[١] .

وعلى الجملة فقد ذكروا أن الفاسد من الشروط : ما كان مخالفا لمقتضى العقد ،وأدى اشتراطه الى رفع العقد بعد تمامه، لاثباته ما انتفى بالعقد ،أو ما كان منهيا عنه من الشارع، فالأول فاسد لا يفسد به العقد ،ولكن يلغو هو فقط ،والثاني فاسد مفسد للعقد .

واذا صح العقد ولغا الشرط عند اشتراط النوع الأول ،كان للمشترط أن يفسخ العقد ،لفوات ما شرطه[٢] .

وفى ذلك يقول ابن قدامة في المغني[٣] : " أن الوصية تصح مطلقة ومقيده ، وأن من قال : ان مت من مرضي هذا ،أو فى سفرى هذا - فثلث تركتى للمساكين ،ثم برئ من مرضه ،أو خرج من البلد التى هو فيها - بطلت وصيته ،ذلك لأنها وصية مقيدة بشرط لم يوجد فبطلت " .

مذهب ابن تيمية وابن القيم[٤] :

وهما وان كانا من الحنابلة الا أنهما سلكا مسلكا آخر ضيقا به

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٩/١٣٢ ومابعدها .

(٢) انظر : المحرر ١/٣١٤ ،وانظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٩٢ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٤ - بتصرف - .

(٤) ابن القيم هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي ابن القيم الجوزية ،الفقيه الأصولي المفسر النحوى ،ولد سنة ٦٩١ هـ ،ولازم تقي الدين ابن تيمية ،وأخذ

فى الشروط التى تشترط فى الأوقاف والوصايا سدا لباب الفساد ، ومراعاة لمقاصد الشرع فقالا ان كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشرع العامه يكون باطلا ،وان لم يرد فيه نهى خاص ،وقد توسعا فى معنى هذه المقاصد الشرعية ،وفى ابطال الشروط اذا كانت مخالفة لها ،وقررا أن مثل هذه الشروط الباطلة لا تؤثر فى العقد ،ومن أمثلته ذلك عندهم اشتراط عدم الزواج للدخول فى الاستحقاق فى الوقت ،أو فى الدخول فى الوصية ،فانهما يريان أن مثل هذا الاشتراط فيه مخالفة لمقاصد الشرع التى منها الترغيب فى الزواج والحث عليه ،ومنع الفساد ،وأن الامتناع عن الزواج رغبة فى الأموال قد يؤدى الى أسوأ العواقب ،ولذا فقد أبطلا مثل هذه الشروط فى حين أن الحنفية لا يرون فى مثل هذا الشرط ما يوجب ابطاله ،لأنه لم يرد نهى عنه ،فيعتبرونه شرطا صحيحا واجب المراعاة (١) .

وبالموازنة بين أراء العلماء فى الشروط المقترنة بالعقود يتبين

== عنه ،وبرع في كافة علوم الاسلام ،وكان شديد المحبه للعلم ،وكتابته ومطالعته وتصنيفه ،واقتناء الكتب ،وقد صنف تصانيف كثيرة فى أنواع العلم ،منها تهذيب سنن أبي داود وايضاح مشكلاته ،وزاد المعاد ، وأعلام الموقعين عن رب العالمين ،وبدائع الفوائد ،وقد توفي رحمه الله سنة ٧٥١ هـ . انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ٢ / ١٤٧ - ١٥٢ ، جلاء العينين ص ٣٠ / ٣٢ ،النجوم الزاهرة ١٠ / ٢٤٩ ،الرسالة المستظرفة ص ١٩٧ ،الاعلام ٦ / ٢٨٠ ، ٢٨١ .

(١) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد أبو زهرة ٤٣ / وانظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٥ .

لنا أنها تنحصر فى جملتها فى رأيين ،فبينما يرى الحنابلة أن الأصل فى الشروط الجواز والصحة ،الا ما ورد النهى عنه بخصوصه أوكان منافيا لمقتضى العقد ، يرى فى مقابلهم الحنفية أن الأصل فى الشروط المقترنة بالعقود الحظر لكنهم استثنوا أنواعا بالصحة وهى ما كان موافقا لمقتضى العقد أو مؤكدا له ،أو ما ورد به نص أو جرى به عرف ويقرب منهم فى هذا الرأى الشافعية والمالكية .

الا أنهم على الرغم من وجود ذلك الخلاف - ازاء الشروط المقترنة بالعقود - نجدهم قد خصوا - باتفاق - مسألة الوقف والوصية بتوسعة تبول الشروط التى يشترطها الواقفون والموصون لا سيما فقهاء المذهب الحنفي - وذلك لأن الوصية تصرف فى الملك جاء على خلاف القواعد الفقهية التى كانت لسائر العقود للتوسعة على المالك، لكي يتدارك ما فاته من واجبات ونذور ،وليصل ببعض ماله من يرى مصلحة له فى صلته ،والتقرب ببعض الصدقات ،وذلك كله يقتضى أن يطلق له الحق فى الشروط ،ولم يخرج على ذلك الاتفاق الا ابن تيمية وابن القيم ،فقد سلكا مسلكا آخر فى مسألة الوقف والوصية ،فقد ضيقا دائرة الشروط الصحيحة فى عقد الوصية والوقف لتتسع دائرة الشروط الباطله لمنع الناس مما استرسلوا فيه من تفننهم فى الاكثار من الشروط المانعة والمحرمة ،فعرفا الشرط الباطل : بأنه ما لا يتفق مع مقاصد الشرع العامه ،ولو لم يرد فيه نهى خاص ،فكلمة مقاصد الشرع كلمة واسعة المدلول ألغت كثيرا من شروط الموصين ،والواقفين كشرط عدم الزواج ،

للدخول فى استحقاق فى الوقف أو فى الوصية ،فى حين أن الحنفية لايرون فى مثل هذا الشرط ما يوجب ابطاله ، لأنه لم يرد فيه نهى خاص ،فيعتبرونه شرطا صحيحا واجب المراعاة[1] ،وقد مر بنا بيان ذلك .

... ...

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد ابو زهرة ٤٢ ، وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبى ٦٠ .

المبحث السادس

اضافة الوصيـــــــة

عرفنا فيما سبق أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ،ولا يمكن أن تنعقد بصيغة منجزه[(١)] ، لأن آثارها تتأخر الى ما بعد وفاة الموصي فلا تصح الا بصيغة مضافة الى المستقبل ،أو معلقة على شرط ، أو مقترنـه بـه .

فالصيغة المضافة الى المستقبل غير المعلقه على شرط ،ما تـدل على انشاء العقد فى الحال ،ولكن تؤخر أحكامه الى زمن مستقبـل ، كقوله : " لشخص أجرت لك منزلي هذا من أول الشهر القادم ،فينعقد قوله هذا الآن ،ولكن لا يترتب عليه استحقاق سكنى الدار الا فى أول الشهر أى الوقت المضاف اليه العقد ،وهكذا حال الوصية المضافة الـى المستقبل غير المعلقة على شرط ،فان اضافتها الى ما بعد وفاة الموصي لا يترتب عليه ارجاء سببيتها ،ولكن يقتضى ارجاء آثارها الى ما بعـد موت الموصي ،كقوله : "أوصيت لغلان بسكنى دارى بعد وفاتي بسنـه، فان الموصى له اذا قبل الوصية استحق سكنى الدار بعد وفاة الموصـي بسنة[(٢)] ،وهذا ما أخذ بـه قانون الوصية المصرى ، فقد أفادت المادة ،

---

(١) الصيغة المنجزة " ما تدل على انشاء العقد وترتيب أثاره فى الحـال كالبيع والشراء ،فلو قال شخص لآخر : بعت منزلي هذا بكذا ،فقـال قبلت ،فان آثار هذا العقد تترتب عليه فى الحال . متى كان مستوفيا لشروط صحته . شرح قانون الوصية ٣٧ .

(٢) انظر : المصدر السابق ،وعقد الوصية للدكتور بدران ٣٣ ، وأحكـام الوصية للشيخ على الخفيف ١٠٢ .

الخامسة[١] والعشرون منه بأنه : " اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت " .

اذن فتعليق الصيغة بالشرط مرجئ لسببيتها ،أما أضافتها مجردة عن الشرط فهو مرجئ لآثارها فقط .

وأما الصيغة المقترنة بالشرط ،فقد تكلمنا عليها وعرفنا الفرق بين الصيغة المقترنة بالشرط أو المعلقة عليه ،في المبحث الخامس من هذا الفصل .

هذا ولا يفوتنا أن نقول ان الحكم بجواز اضافة الوصية الى زمن يأتي بعد وفاة الموصي ،هو ما ذهب اليه الحنفية[٢] ،والمالكية[٣]، والشافعية[٤] ،والحنابلة[٥] ،فاذا أوصى شخص لآخر بداره بعد وفاته بثلاث سنوات ،صحت الوصية ،وكانت منافع الدار في الفترة التي بين وفاة الموصي ،ووقت نفاذ الوصية لورثة الموصي ،وكان ملك رقبة الدار على حكم ملك الموصي الى أن يجئ وقت التنفيذ ،وفي المبسوط :

" واذا أوصى يعتق ما في بطن جاريته بعد موته بشهر فهو جائز

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٧٧ .

(٢) انظر : المبسوط ٢٨/ ٤٥، ٤٦ ،وانظر: حاشية بن عابدين ٦/ ٦٦٦ .

(٣) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٦/ ٣٨٤ ،وانظر : حاشية الدسوقي ٤/ ٤٤٣ .

(٤) انظر: المجموع شرح المهذب ١٥/ ٦٥ ،وانظر: الأم للشافعي ٤/ ٢٥ وانظر : الأنوار ٢/ ١٥ .

(٥) انظر : حاشية المقنع ٢/ ٣٦٥ ،وانظر: الكافي ٢/ ٤٨٣ ،وانظر: كشاف القناع حـ ٦ ص٣٥١ ،فقد جاء فيه : "ان الموصي ان علق وصيته

==

لأن ما فى البطن كالمنفصل فى حكم مقصود المعتق فيه ،فان أعتق الأم بعض الورثة فهى حره عنه ،وما فى بطنها حر عن الميت،لأن الجنين تابع للأم فى العتق الذى أوجبه المعتق فيها ،ولو اعتق الجنين أحدهم عتق عن الميت ،فكذلك اذا اعتق الأم أحدهم وقد صارت الأم مشتركة بينهم بالميراث ،لأنها فارغة عن الوصية ،فاذا أعتقها أحدهم يخير شركاؤه كما هو قول أبي حنيفة فى عتق أحد الشركاء المملوك المشترك(١) ،وفى المدونة(٢) للامام مالك جاء ما يفيد صحة الوصية بعتق الرقيق بعد موته بخمس سنوات ،وصحة الوصية بعتق عبده بعد سنة يخدم فيها شخصا معينا " واستدلوا لجواز ذلك بأن ما بعد الموت فى الوصية كحال الحياة ،فجاز اضافتها الى ما بعد وفاة الموصى بزمن الى وجود ذلك الشرط المعلق عليه نفاذ الوصية(٣) .

== على صفة مرتقب وقوعها جاز ذلك ،وان كان التعليق على صفة غير مرتقب وقوعها ففيه نظر : ورجح عدم جوازه لما فيه من الاضرار بالورثة يطول الانتظار لا الى أمد يعلم ،وقد رأى رأيه في ذلك ابن عابدين فى حاشيته ،وصاحب الجامع الفصولين ٢ / ٦ ،والحقيقة ان تعليق الوصيه بعد الوفاة على شرط محقق وقوعه ،هو فى حكم الاضافة الى وقت وجود ذلك الشرط .

(١) انظر : المبسوط ٢٨ / ٤٦ ،وانظر: عقد الوصية للبرديسي ٣٠

(٢) انظر : المدونة ١٥/ ٢٦ .

(٣) انظر : الكافي ٢ / ٤٨٢ ـ بتصرف .

مسلك قانون الوصية المصرى فى صيغة الوصية :

قضي قانون الوصيةالمصرى فى مادته[(١)] الرابعة بصحة الوصية المضافة ولأن الوصية لاتكون منجزه ،وانما هى بمعناها الشرعى مضافة لما بعد الوفاة ،فان المراد من عبارة المادة ـ المذكورة صحة اضافتها الى زمن آخر قبل الموت ،أو الى وقت بعده ،لأن الوصية فى ذاتها لابد أن تكون مضافة الى الموت ،فاذا قيل : يصح اضافة الوصية ـ وهى لاتكون الا مضافة ـ كان المعنى صحتها مع اضافتها الى زمن آخر يأتى قبل الموت أو بعده .

كذلك قضت المادة المذكورة بصحة الوصية المعلقة بالشرط ، أو المقترنة به مع وجوب مراعاة الشرط ان كان صحيحا ،وأحكامها فى كل ذلك مستمدة من المذهب الحنفي[(٢)] على أن المذكرة التفسيرية حينما عرضت لبيان الشرط الصحيح ،وما لا يؤثر من الشروط الباطله فى صحة الوصية لم تقتصر فى ذلك على رأى الحنفية ،بل ضمت اليه رأى الامامين ابن تيمية وابن القيم ،وكأنها جعلت من الرأيين رأيا ثالثا يعتبر مقبولا فى ذاته ،ويعد توفيقا وجمعا حسنا بين الرأيين .

---

(١) ونصها : " مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به ،وان كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ،ولا يراعي الشرط ان كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه ،ينظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ٢٧٣/ ٢٧٤ .

(٢) انظر: المصدر السابق ،وانظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ص ١٠٢/ ١٠٣

فعرفت الشرط الصحيح : وهو ما تجب مراعاته فى الوصية - بأنه ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصي له أو لغيرهما ، ولم يكن منهيا عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة .

* فمثال الشرط الذى فيه مصلحة للموصي أن يشترط فى تنفيذ وصاياه البدء بأداء ما فاته من واجبات كالزكاة أو الحج ، أو القيام ببعض النذور التى نذرها لله ، وعجز عن تنفيذها .

* ومثال الشرط الذى فيه مصلحة للموصى له اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه .

* ومثال الشرط الذى فيه مصلحة لغيرهما أن يوصي بمنفعة دار من اعيان ماله لجهة من جهات البر ، على أن يكون لمن لا يجد له مأوى من ذريته حق سكناها ، ان كان فيها متسع له .

* ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط الموصى فى تنفيذ وصاياه تخصيص قدر معين من المال ليكون أجرة للنائحه .

* ومثال الشروط المنافيه لمقاصد الشرع ما اذا أوصى لامرأة بشرط الا تتزوج (١) ، وبناء على ما تقدم يلاحظ أن القانون لا يعتبر الشرط صحيحا الا اذا اجتمعت فيه ثلاثة أمور : -

الأول : أن يكون فيه مصلحة بينه لأحد طرفى العقد أو لغيرهما ، فاذا خلا عن المصلحة فان اشتراطه حينئذ يكون عبثا لا فائدة فيه ، فيكون باطلا ، والشرط الذى يتحقق به مصلحة فى وقت من الأوقات ، ويخلو

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٣٨/ ٣٩ ، وانظر: عقد الوصية للدكتور بدران ٣٦ .

عنها فى وقت آخر يكون صحيحا واجب الوفاء به فى وقت ثبوت المصلحة[١]، كما اذا أوصى لجماعة من الفقراء بمقدار من المال على أن يكون انفاقه فى كسوتهم ،وكانت مصلحتهم فى ذلك نفذت الوصيه على هذا الوجه .

أما اذا تبدلت الأحوال ،وصارت المصلحة تقضى بصرف نقود لهم أو طعام ،فان الوصية تنفذ على هذا الوجه ،الذى يكون فيه مصلحتهم ،فالمصلحة هى الأمر المقصود يدور معها الحكم وجودا وعدما بلزوم استيفاء الشرط .

<u>الأمر الثانى</u> : ألا يكون الشرط منهيا عنه .

<u>الأمر الثالث</u> : ألا يكون منافيا لمقاصد الشرع .

ويفهم مما تقدم بأن الشرط الذى اقترنت به الوصية ،ولم تتوفر فيه هذه الأمور ،أو أختل واحد منها ،كان شرطا باطلا فى نظر القانون ،كما قرره فى مادته الرابعة[٢] والتى جاء فيها : " وان كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة .... ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة " على أن المذكره التفسيرية للقانون قد فسرت الشرط الباطل بما يجمع بين معناه عند الحنفية، ومعناه عند ابن تيمية وابن القيم فقالت[٣] : " انه عند الحنفية ما كان مخالفا لمقتضى العقد كما اذا أوصى لشخص بأرض على أن يجعلها بستانا

---

(١) أحكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبى ٦١

(٢) شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٧٣ .

(٣) عقد الوصية للدكتور بدران ٣٧ .

أو أوصى له بثلث ماله على أنه اذا مات الموصى له وبقى من الوصية شئ كان لفلان لا لورثة الموصى له - ثم قالت : " ان الشرط الباطل عند ابن تيمية وابن القيم ما كان مخالفا لمقتضى العقد أو مقاصد الشرع ،كما اذا أوصى لامرأة بشرط الا تتزوج أو أوصى لرجل بشرط أن يقتل خصمه ،أو يهجر أباه ،أو يأتي أمرا ينافي الآداب العامة أو غير ذلك مما هو ممنوع شرعا " .

هذا وان القانون يرى أن الوصية اذا اقترنت بالشرط الباطل ،فان ذلك قد لا يؤثر فى نفس الوصية ،ومن ثم فان الشرط يلغي وحده ، وتبقى هى صحيحة ،وقد يؤثر فيها بالبطلان .

وبيان ذلك : أن الشرط الباطل اذا جعل الوصية متمحضة للمعصية لو نفذت ،أو يدل على أن الباعث عليها مناف لمقاصد الشرع ،وليس فى عبارة الموصي ما يدل على توجيهها الى أمر مشروع متفق مع مقاصد الشرع ان لم ينفذ الشرط ،ففى هذه الحالة يؤثر الشرط الباطل فى الوصية فيبطلها ،كما اذا أوصى باتخاذ طعام بعد موته بشرط أن تجتمع له النائحات ، أو أوصى لنادٍ أقيم للميسر بشرط استمرار المقامرة فيه أو أوصى لبغى بشرط استمرار حالها ،فهذه الوصية باطلة ،لأنها وصية بمعصية ،ولا يمكن صرفها فى ناحية صالحة ،ولأن الباعث عليها مناف لمقاصد الشرع ،بدليل هذا الشرط الذى كشف عن غرض الموصي من الوصية ،وهو اعانته لاستمرار الفجور وأهله عليه ،ولا يمكن صرف الوصية لشئ آخر . وأما اذا لم يجعلها كذلك ،فانه يبطل وحده ،وتبقى هى صحيحة ،كما اذا أوصى لزوجته بشرط أن تبقي من غير زواج بعده فان اشتراط عدم التزويج لا يمحض الوصية للمعصية وعلى ذلك يمكننا

أن نقول انه يشترط فى الصيغة لصحة الوصية ألا تكون مقترنة بشرط باطل يجعلها متمحضة للمعصيه بعد أن تكون واضحة الدلالة على ما أريد بها[1] .

هذا : وبالرغم من أن القانون ، قد رأى أن الشرط لا يكون صحيحا الا اذا توافرت فيه تلك الأمور الثلاثة ، فاننا مع ذلك نجد أنه قد قصرّ فيما يشترطه الفقهاء لصحة صيغة الوصية فى الأمور التالية :

١ - أنه قيد صحة الشرط بما اذا كان مشتملا على مصلحة لأهل الاستحقاق ، سواء أكان هو الموصي ، أو الموصى له ، أو غيرهما وبألا يكون بما نهى عنه الشارع ، أو بما خالف أغراضه ومقاصده ، ولم يشترط فيه ألا يكون مخالفا لمقتضي عقد الوصية ، وعلى ذلك يكون الشرط المخالف لمقتضاها وفيه مصلحة لمن هو أهل للاستحقاق شرطا صحيحا ، كما اذا أوصى لفلان بداره ، واشترط عليه أن يبيعها لشخص معين بعد سنة بنصف ثمنها ، أو اشترط أن تكون لفلان بعد وفاة الموصى له أو اشترط أن ترد الى ورثته اذا احتاجوا ، ولو كان الموصى له حيا ، أو أوصى لفلان بأرض على أن يشترى له من ثمنها كل سنة كذا من الأرض ، وعلى ذلك تكون مراعاة هذه الشروط واجبة ، والوفاء بها لازما ، لأنها شروط صحيحة ، اذ قد توافرت فيها تلك الأمور الثلاثة ، وان كانت مخالفة لمقتضى الوصية ، اذ مقتضاها أن يملك الموصى له ما أوصى به الموصي ، واذا ملكه ، كان له التصرف فيه بما يتفق مع

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ٣٨ / ٣٩ ، وانظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٦ / ٣٧ ، وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبى ٦١/٦٢ .

رغبته وارادته ، لا على ما يريده الموصي ويرغبه . اذ لا رغبة لانسان فيما يملكه انسان آخر ،ولا مشيئة له فيه بعد وفاته ومثل هذه الشروط في جميع المذاهب شروطا غير صحيحة على الرأى الصحيح فيها ،فلا يطلب الوفاء بها عند الحنفية ،بل تصح الوصية معها ،وتلغو هي ،وكذلك عند الحنابلة ،واليه ذهب ابن ابي ليلى .

أما عند المالكية والشافعية ،فان هذه الشروط تعد فاسدة مفسدة للوصية اذا توفي الموصى مصرا عليها .

ومن هذا يتبين لنا أن القانون قد خالف مذاهب الأئمة الأربعة في تعيين الشرط الصحيح .

٢ - أنه قيد الوفاء بالشرط الصحيح ببقاء المصلحة المقصودة منه، فأوجب الوفاء به مادامت المصلحة التى قصدت من اشتراطه موجودة قائمة ،أما اذا انتهت هذه المصلحةولم يوف به لم تجز مراعاته ،وكان حكمه حكما غير صحيح .

وهذا القيد وان لم يكن واردا فى كتب الفقه ، الا أنه فى الواقع تقييد يتفق مع الغرض من اشتراطه ،لأن اشتراطه هذا الشرط لم يقصد به سوى توفير مصلحة معينة ولم يكن اشتراطه لهوا ولعبا ،والا كان عند ذلك شرطا فاسدا لا غرض فيه،كما نص على ذلك فقهاء الشافعية حين عرفوا الشرط الصحيح ،بما كان فى اشتراطه غرض صحيح - كما مر بنا - .

٣ - ومما يلاحظ ايضا أن القانون جعل صحة الوصية المقترنة بالشرط غير الصحيح مشروطة بألا يكون الشرط الا على أن الباعث

عليها مناف لمقاصد الشرع ،والا كانت الوصية فى هذه الحال باطله ،لا لفساد الشرط ،ولكن لفساد الباعث عليها ،فان لم يدل على ذلك ولكنه كان مع هذا شرطا نهى عنه الشارع،فان الوصية فى هذه الحال تصح ،ويلغو الشرط ،اذا كان مصرف الوصية بحسب العبارة المنشئة لها خيرا فى ذاته ،ولكن اشترط فيها ما نهى عنه الشارع فتصرف الوصية فى مصرفها مع الغاء ذلك الشرط فيه .

٤ - يلاحظ أن المادة المشار اليها سابقا فى تعريفها للشرط الصحيح قد جمعت بين خاص ،وما هو أعم منه ،وكان بالامكان الاستغناء بالعام عن الخاص ،فيكتفى فى تعريفه : بألا يكون منافيا لمقاصد الشريعة، (عن أن يذكر فيه ايضا - ألا يكون منهيا عنه ،وذلك لأن كل منهى عنه مخالف لمقاصد الشريعة .

وكان الأولى بالقانون ،بل يجب عليه ،أن يضيف الى تعريف الشرط الصحيح قيدا آخر - هو ألا يكون منافيا لمقصود الشارع من عقد الوصية ،أو لمقتضاها ،حتى لا يكون من وراء ترك هذا القيد ما أشرنا اليه سابقا من ثبوت ملكية للموصى له لا تستتبع آثارها وعندئذ يتردد فى معناها وفى متعلقها ومداها[1] .

هذا وبعد أن عرفنا ما خالف فيه قانون الوصية ما قال به الفقهاء فيما يشترط لصحة صيغة الوصية ،فيما توجه عليه من مآخذ كانت موضع دراسة واهتمام من ذكرها هنا .

---

(١) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٩٥ ومابعدها .

نقول انه قد اتفق[(١)] القانون معهم فيما ذهبوا اليه من تقسيـــم الشروط المقترنـة بالعقود الى قسمين ،صحيحه ،وباطله .

فأوجب الوفاء بالشرط الصحيح منها ،مادام العمل به محققــــــا للغرض الذى من أجله أشترط .

وألغى الشرط غير الصحيح ،والشرط الذى أصبح لا يحقق المصلحـة المقصودة منه ،ولكنه ضيق دائرة الشرط الصحيح بما وضعه فيه من قيود فى حين وسع دائرة الشرط الباطل ،على نحو ما بيناه فى موضعه .

كما أن القانون أتفق مع الفقهاء فيما ذهبوا اليه من القول بجـــواز صحة اضافـة الوصيـة الى المستقبل أو المعلقة بالشرط أو المقترنه بـــه كما نصت على ذلك المادة الرابعة منــه .

... ...

---

(١) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبى ٦٠ .

الفصل الثاني

في أركان الوصية

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : معنى الركن ، والفرق بينه وبين الشرط

المبحث الثاني : الخلاف في أركان الوصية ، وبيان الراجح

الفصــل الثانـــــي

فى أركان الوصيــة

وفيه مبحثان :

المبحث الأولــــ

معـــنى الــركـــن

معنى الركن فى اللـغة :

الركن ،يقوم على ثلاثة حروف أصول ،هى الراء والكاف والنـون ، وهى أصل واحد يدل على قـوة كما قال بذلك ابن فارس[(١)] ،ولـهذا فانه يقول[(٢)] بعد ذلك : " فركن الشئ ،جانبه الأقوى . وهو يأوى الـــى ركن شديد ،أى عزة ومنعه " ويقول[(٣)] الـزمخشرى[(٤)] : " جبل ركين : عزيز

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللـغة مادة " ركن " .

(٢) المصدر السابق .

(٣) أساس البلاغة ،مادة " ركن " .

(٤) الزمخشرى هو أبو القاسم ،جار الله ،محمودبن عمر بن محمد بن عمـــر الزمخشرى ،نسبة الى زمخشر (قرية من قرى خوارزم)ولد سنة٤٦٧هـ وكان امام عصره ،نحويا ،فقيها ، مناظرا ،بيانيا ،متكلما ،أديبا ،شاعرا ، مفسرا ،من أكابر الحنفية ،حنفي المذهب ،معتزلى المعتقد ،لـــــه فى العلوم أثار ليست لغيره من أهل عصره ،جاور مكة زمانا ،فسمـــــى جار الله ،وتوفى بجرجانية خوارزم سنة ٥٣٨ هـ ،له تصانيف كثيرة منهـا الكشاف فى التفسير ،وأساس البلاغة فى اللـغة ،والمفصل فى النحـــــو انظر : وفيات الأعيان ٤/ ٢٥٤ - ٢٦٠ ،تاج التراجم ص٧١ - ٧٢ ، والفوائد البهية ص ٢٠٩ - ٢١٠ ،الرسالة المستطرفه ص ١٥٧ .

ذو أركان " ويقول الفيروزابادى[١] : " الركن بالضم الجانب الأقوى .. ،والأمر العظيم ،وما يقوى به من ملك، وجند وغيره"[٢] ويقول ابن منظور[٣] : " ركن الشئ جانبه الأقوى ،والركن الناحية القوية، وما تقوى به من ملك وجند وغيره ، وبذلك فسر قوله تعالى : " فتولى بركنه"[٤] ودليل ذلك قوله تعالى : " فأخذناه وجنوده"[٥] أى أخذناه وركنه الذى تولى به .. ،وركن الانسان ،قوته ،وشدته ،وكذلك ركن الجبل ،والقصر ،وهو جانبه ،وركن الرجل ،قومه ،وعدده ومادته .... والركن الأمر العظيم .... ،وأركان كل شئ جوانبه التى يستند اليها " .

---

(١) انظر : القاموس المحيط مادة "ركن " ٤/ ٢٢٩ .

(٢) انظر : لسان العرب مادة " ركن " .

(٣) ابن منظور هو أبو الفضل جمال الدين ،محمد بن مكرم بن على بن منظور ،الأنصارى الرويفعي الافريقي ،من نسل رويفع بن ثابت الانصارى ولد بمصر ،وقيل بطرابلس الغرب سنة ٦٣٠ هـ ،وخدم فى ديوان الانشاء بالقاهرة ،ثم ولي القضاء في طرابلس ،وعاد الى مصر فتوفي فيها سنة ٧١١ هـ ،له تصانيف كثيرة : أشهرها كتابه لسان العرب جمع فيه أمهات كتب اللغة ،ومن كتبه ،مختار الأغاني ومختصر تاريخ دمشق لابن عساكر .
انظر : فوات الوفيات ٢/ ٥٢٤، ٥٢٥ ،بغية الوعاة ص ١٠٦ - ١٠٧ الأعلام ٧/ ٣٢٩ .

(٤) سورة الذاريات : الآية ٣٩ .

(٥) سورة الذاريات : الآية ٤٠ .

وبتتبعنا لما ورد في معنى الركن لغة نجد أنه يشتمل على ثلاث خصائص يتكون من مجموعها حقيقة الركن في اللغة[(١)] ، وهي أن ركن الشئ داخل فيه ،وهو جانبه الأقوى وهو الذى يقوم به ذلك الشئ ، ولهذا نرى الغناري[(٢)] يقول : " أركان الشئ أجزاؤه الداخلة في حقيقته المحققة لهويته " ،ويقول[(٣)] التفتازاني[(٤)] : " ركن الشئ ماهو داخل فيه ،ويقول[(٥)] البخاري[(٦)] : " ركن الشئ جانبه الأقوى " .

---

(١) فصول البدايع ٢ / ٢٩٥ ،وانظر : السبب عند الأصوليين ٢ / ٢٦ .

(٢) هو شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري أو الفنري ،نسبة الى صنعة الفنار ،أو الى قرية اسمها فنار ،فقيه ،حنفي ،أصولي ،منطقي جدلي ،ولد سنة ٧٥١ هـ ،رحل الى مصر ،وأخذ على علمائها ،ثم رجع الى بلاده ،فولي القضاء . وتوفي سنة ٨٣٤ هـ . له مصنفات منها " فصول البدائع في أصول الشرائع ،انظر : الفوائد البهية ص ١٦٦ - ١٦٧ ،الفتح المبين ٣ / ٣٠ ،الأعلام ٦ / ٣٤٢ .

(٣) انظر : التلويح ٢ / ١٣١ .

(٤) هو مسعود بن عمر بن عبدالله التفتازاني ،الملقب بسعد الدين العلامة الأصولي المفسر ،ولد بتفتازان من بلاد خراسان سنة ٧١٢ هـ وأخذ علمه عن القطب والعضد ،ورحل الى سرخس وأقام بها حتى أبعده تيمورلنك الى سمرقند ،فأقبل عليه العلماء وطلاب العلم يأخذون عنه ويستفيدون منه . له مصنفات كثيرة منها ،التلويح في كشف حقائق التنقيح ،وحاشيته على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب توفي بسمرقند سنة ٧٩١هـ . انظر بقية الوعاة ص ٣٩١ ،الفوائد البهية ص ١٣٤-١٣٧ ،التاج المكلل ص ٤٧١ - ٤٧٢ ،الأعلام ٨ / ١١٣ - ١١٤ ، الفتح المبين ٢ / ٢٠٦

(٥) انظر كشف الاسرار ٣ / ١٠٦٤ .

(٦) البخارى هو أبو عبدالله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخارى ،الحافظ لحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولد في

معنى الركن في الاصطلاح :

أما معناه في الاصطلاح ،فان العلماء قد اختلفت عباراتهم فيه :

* فبعضهم يقول [(١)] : " في عرف الفقهاء ركن الشيء مالا وجود لذلك الشيء الا به " .
* وبعضهم يقول [(٢)] : " أما الركن ،فهو ما يتقوم به الشيء وهو جزؤه " .
* وبعضهم يقول [(٣)] : " الركن هو ما توقف الشيء على وجوده ،وكان جزءاً من حقيقته " .
* وبعضهم يقول [(٤)] : " الركن هو ما يتقوم به الشيء ،أي يدخل في قوامه فيكون جزءاً منه " .

== بخاري سنة ١٩٤ هـ ،وقد قام في سبيل طلب الحديث برحلة طويلة ، الى بلدان شتى ،فقد زار خراسان ،والعراق ،ومصر ،والشام ،وسمع من نحو ألف شيخ ،وجمع نحو ٦٠٠ الف حديث ،اختار منها في صحيحه ما وثق بروايته ،وقد أقام في بخارى فتعصب عليه جماعة ورموه بالتهم فأخرج الى فزنتك من قرى سمرقند ،وقد توفي بها سنة ٢٥٦ هـ. له تصانيف كثيرة منها : الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري ، والتاريخ ،انظر : تهذيب الاسماء والصفات ١/٦٧ ،ومابعدها . تهذيب التهذيب ٩/٤٧ - ٥٥ ،تذكرة الحفاظ ٢/٥٥٥ - ٥٥٧ . الاعلام ٦/٢٥٨ / ٢٥٩ .

(١) انظر : كشف الأسرار ٣/١٠٦٤ .

(٢) انظر : فصول البدائع ١/٢٣٩ .

(٣) انظر : اصول الفقه الاسلامي ص ٢٥١ ،وانظر : الوسيط ص ١٠٢ . وانظر : مصادر التشريع ص ٥٥٤ .

(٤) انظر : أصول الفقه الاسلامي ص ٣٤٤

* وبعضهم يقول[(١)] : " الركن هو ما يلزم من عدمه العدم ، ومن وجوده الوجود ، مع كونه داخلا فى الماهية " .

فهذه التعريفات ، وان اختلفت فى عباراتها كما ذكرنا ، الا أنهما متفقة فى معناها .

ومن أمثلة ذلك ، قراءة القرآن فى الصلاة ، وكذلك القيام والركوع والسجود فيها ، فان كل واحد من هذه ركن للصلاة ، لتوقف وجودها فى نظر الشارع على تحققه ، وهو جزء من حقيقة الصلاة .

ومن أمثلة ذلك ايضا ، الايجاب ، والقبول فى عقد الزواج ، فانهما ركن له ، لتوقف وجوده فى نظر الشارع على وجودهما ، وكلاهما جزء من حقيقته .

وكذلك الايجاب والقبول فى البيع والاجارة ، فان الايجاب والقبول ركن فى البيع والاجارة ، لتوقف وجودهما فى نظر الشارع على وجودهما وكلاهما جزء من حقيقتيهما ، وهكذا كل ما كان ركنا لشئ ، فان ذلك الشئ ، لا يكون له وجود فى نظر الشارع الا اذا تحقق ذلك الركن[(٢)] .
ولعل من المناسب أن نذكر أن البخارى قال : فى الركن : " والركن[(٣)]

---

(١) انظر : اصول الفقه ١/ ١١٩ .

(٢) ينظر فى الامثلة : البخارى : كشف الاسرار ٣/ ١٠٦٤/٤/ ١٢٩٤ ، شاكر الحنبلى ، أصول الفقه ص ٣٤٤ ، زكي الدين شعبان : أصول الفقه الاسلامى ص ٢٥١ - ٢٥٢ ، الوسيط ص١٠٢ ، وينظر : مصادر التشريع ص ٥٥٤ ، وينظر فى توضيح الأمثلة ، أصول الفقه الاسلامي ، وينظر : السبب عند الأصوليين ٢/ ٢٦ ، ٢٧ .

(٣) انظر : كشف الاسرار : ٤/ ١٢٩٤

ماهو غير التصرف ،ولا يتم به ،كالقيام ،والركوع والسجود فى الصلاة ولفظ العاقدين فى العقود ،والركن لا يتأتي الا فى التصرفات ،فأما فى غير التصرفات فلا " .

معنى الشرط فى اللغة :

الشرط فى اللغة ،يقوم على ثلاثة حروف أصول هي الشين ،والراء والطاء ،وتلك الحروف تدل كما يقول ابن فارس على[1] : " علم وعلامة وما قارب ذلك من علم " وذلك[2] معنى عام ،حيث يشمل العلامة سواء كانت لازمة أم غير لازمة .

ولذلك نجد العلماء قد اختلفوا فى معناه لغة ،فمنهم من يقول[3] : " انه العلامة "،ومنهم[4] من يقول : " انه العلامة اللازمه ،ومن ذلك أشراط الساعة فى قوله تعالى[5] : " فقد جاء أشراطها " أى علاماتها اللازمة ،لكون الساعة آتية لامحاله ،ومنه الشروط للصكوك ،لأنها تكون علامة لازمة للحقوق ،ومنه شرط الحجام ،لأنه اذا بزغ يحصل علامة لازمه فى موضع الحجامه ،ومنه الشرطي ،فانه قد نصب نفسه

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة ،مادة شرط ٣/ ٢٦٠ .

(٢) انظر : السبب عند الأصوليين ٢/ ٣١ .

(٣) انظر : شرح المنار لابن ملك ٢/ ٩٢١ ،وانظر: المدخل الى مذهب احمد لابن بدران ٦٨ ،واصول الفقه لعباس حماده ٣٢٤ .

(٤) انظر : اصول الفقه للبزدوى ٤/ ١٢٩٢ - ١٢٩٣ .
وكشف الاسرار للبخارى ٤/ ١٢٩٣ ،وكشف الاسرار للنسفى ٢/ ٢٤٠ ، وفصول البدايع للفنارى ١/ ٢٥١ .

(٥) سورة محمد : آية ١٨ .

على زى وهيئه لا تفارقه ، فى أغلب أحواله ، فكأنه لازم له[١].

معنى الشرط فى الاصطلاح :

لقد عرف الشرط فى الاصطلاح بعدة تعاريف لا حصرلها ، حتى كان من بينها تعاريف للباحثين المتأخرين ، وان كانت لا تخرج فى معناها عن تعاريف من سبقهم اللهم الا فى اختلاف التعبير فقط ، وهذا فى حد ذاته لا يقال عنه ان الباحثين أتوا بما لم يأت به من سبقهم طالما أن المعنى واحد ولكى نستوضح الأمر نسوق ما عرف به الشرط عند العلماء القدماء ، ثم نسوق تعاريف من جاء بعدهم من الباحثين المتأخرين فنقول : -

١ - عرف الغزالي[٢] الشرط بقوله[٣] : " ان الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه ، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده " .

وقد ورد على هذا التعريف أمران :

---

(١) انظر : القاموس المحيط للفيروز ابادى مادة (الشرط) .

(٢) هو أبو حامد ، حجة الاسلام ، زين الدين ، محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، ولد سنة ٤٥٠ هـ فى الطابران ، (قصبة طوس بخراسان) فقيه ، شافعي ، له تصانيف عديدة منها : احياء علوم الدين ، والمستصفى من علم الأصول ، والمنخول من علم الأصول وغيرها .
توفى فى طابران سنة ٥٠٥ هـ ، انظر : وفيات الأعيان ٣/٣٥٣-٣٥٥ طبقات الشافعية ٦/١٩١ ، ومابعدها ، جلاء العينين ص ١١٨ ومابعدها . الاعلام ٧/٢٤٧ - ٢٤٨ .

(٣) انظر : المستصفى ٢/٣٩ .

أحدهما : أنه دورى ،لتعلق تعقل المشروط على الشرط،لأنه مشتق منه (١).

وأجيب بأن المراد من " المشروط " ما صدق عليه المشروط بلفظه أى الشئ الذى يضاف اليه الشرط ،ويقال شرط الشئ كذا ، وهو لا يتوقف فى تعقله على تعقل الشرط ،وانما الموقوف على تعقله مفهوم الشرط (٢).

ثانيهما : أنه غير مطرد ،لصدقه على جزء السبب المتحد ، لأن السبب لا يوجد مع عدمه ،ولا يلزم أن يوجد عند وجوده (٣).

٢ - وقد عرف النسفي (٤) الشرط بقوله (٥) : " الشرط ما يتعلق به الوجود

---

(١) انظر : تيسير التحرير ١/ ٣٨٥ ،وانظر : فصول البدايع ٢/ ١٢٠ ، وانظر : السبب عند الأصوليين ٢/ ٣٨ .

(٢) انظر : التحرير وتيسير التحرير ١/ ٣٨٥ ،وفصول البدايع ٢/ ١٢٠ .

(٣) انظر : " " " " " " " .

(٤) النسفي هو أبو البركات ، حافظ الدين ،عبد الله بن احمد بن محمود النسفي ،فقيه حنفي أصولي مفسر محدث ،ولد ببلدة (ايذج) من قرى سمرقند ،وهو منسوب الى نسف بلدة واقعة بين جيحون وسمرقند .
* له تصانيف كثيرة منها : مدارك التنزيل وحقائق التأويل المعروف بتفسير النسفي ،وكنز الدقائق فى فروع الحنفية ،ومنار الأنوار فى أصول الفقه ،وشرحه كشف الأسرار ،توفى سنة ٧١٠ هـ ببلدته ايذج ،ودفن بها . انظر : تاج التراجم ص ٣٠ ،الفوائد البهية ص ١٠١/ ١٠٢ ، الأعلام ٤/ ١٩٢ - ١٩٣ ،الفتح المبين ٢/ ١٠٨ .

(٥) انظر : المنار الذى مع شرح ابن ملك ٢/ ٩٢١ .

دون الوجوب " وفسر ابن ملك ذلك بقوله[(١)] : " دون أن يكون مؤثرا فى وجوده احترز به عن العله " الا أنه استدرك على النسفي بأنه لابد من زيادة قيد أن الشرط خارج عن الماهية فقال[(٢)] : " ولابد أن يزيد هنا قيدا آخر ، وهو أن يكون خارجا عن ماهية ذلك الشئ ليخرج به جزؤه ، فانه ايضا مما يتوقف عليه وجود ذلك الشئ وليس بمؤثر فيه " .

٣ - وعرفه الشاطبي[(٣)] بقوله[(٤)] : " ان المراد بالشرط فى هذا الكتاب ما كان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه ، كما نقول : ان الحول أو امكان النماء، مكمل لمقتضى الملك أو لحكمة الغني ، والاحصان مكمل لوصف الزنا فى اقتضائه للرجم ، والتساوي فى الحرمة مكمل لمقتضى القصاص أو لحكمه الزجر ، والطهارة والاستقبال وستر

---

(١) انظر : شرح المنار ٢/٩٢١ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) الشاطبى هو أبو اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمى الغرناطي ، الشهير بالشاطبى من أهل غرناطة ، أصولى ، حافظ مجتهد ، حريص على اتباع السنة ، مجانب للبدع ، كان من أئمة المالكية له تصانيف منها : الموافقات فى أصول الفقه ، والمجالس شرح به كتاب البيوع من صحيح البخارى . والاعتصام ، وقد توفى سنة ٧٩٠ هـ .
انظر : نيل الابتهاج بتطريز الديباج ص ٤٦ - ٥٠ ، الأعلام ١/٧١ ، الفتح المبين ٢/٢٠٤، ٢٠٥ .

(٤) انظر : الموافقات للشاطبى ١/٢٦٢ ، ٢٦٤ .

العورة ،مكملة لفعل الصلاة أو لحكمة الانتصاب للمناجاة والخضوع ،وما أشبه ذلك ،وسواء علينا أكان وصفا لسبب، أو العلة ،أو السبب أو المعلول ،أو لمحالها ،أو لغير ذلك مما يتعلق به مقتضى الخطاب الشرعي ،فانما هو وصف من أوصاف ذلك المشروط ،ويلزم من ذلك أن يكون مغايرا له، بحيث يعقل المشروط مع الغفلة عن الشروط ،وان لم ينعكس كسائر الأوصاف مع الموصوفات حقيقة او اعتبارا ،ولا فائدة في التطويل هنا فغانه تقرير اصطلاح " .

٤ - أما ابن قدامة فيقول[1] في تعريفه : " الشرط ، ما يلزم من من انتفائه انتفاء الحكم ،كالاحصان مع الرجم ،أو الحول في الزكاة ،فالشرط ،مالا يوجد المشروط مع عدمه ،ولا يلزم أن يوجد عند وجوده " .

وقال[2] في موضع آخر : " الشرط ،مالا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده " . ويرد عليهما ما ورد على تعريف الغزالي السابق ذكره .

٥ - وعرفه القرافي[3] :

---

(١) انظر : روضة الناظر ص ٣١ .

(٢) انظر : روضة الناظر ص ١٣٥ .

(٣) القرافي ،هو أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلين ، الصنهاجي ،البهفشيمي ،البهنسي المصرى ،المالكي ،يلقب بشهاب الدين ويكنى بأبي العباس، ولد بالبهنسا ،كان عالما فاضلا ،انتهت اليه رياسة المذهب المالكي في عهده ،كان بارعا في الفقه والأصول ،والتفسير والحديث ،له مصنفات منها : كتاب التنقيح في أصول الفقه ،وكتاب

بقوله[(١)] : " وأما الشرط ،فهو الذى يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ،ولا يشتمل على شئ من المناسبة فى ذاته ،بل فى غيره " . فقوله : "يلزم من عدمه العدم"،احتراز من المانع ،فانه لا يلزم من عدمه شئ، لا وجود ولا عدم ،وقوله : " ولا يلزم من وجوده وجود " ، احتراز من السبب فانه يلزم من وجوده الوجود ،وقوله : (ولا عدم) احتراز من المانع ايضا ،فانه يلزم من وجوده العدم ،وقوله : (لذاته) احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب ،فيلزم الوجود ،ولكن ليس ذلك لذاته ،وهو كونه شرطا ،بل لأجل السبب ،أو مقارنة وجود الشرط لقيام المانع ،فيلزم العدم ،ولكن ليس ذلك لذات الشرط، بل لأجل المانع ،وقوله : (ولا يشتمل على شئ من المناسبة فى ذاته ،بل فى غيره) احترازمن جزء العله ،فانه وان كان يلزم من عدمه العدم ،ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ،الا أنه مشتمل على جزء المناسبة ،فان جزء المناسب مناسب[(٢)] .

== أنوار البروق فى أنواء الفروق ،وغير ذلك ،توفى بدير الطين بمصر القديمة ،ودفن بالقرافة الكبرى بمصر سنة ٦٨٤ هـ ،انظر: الديباج المذهب ص ٦٢ ، ٦٧ ،الاعلام ١/ ٩٠ ،الفتح المبين ٢ /٨٦- ٨٧ .

(١) انظر : الفروق ١ /٦٢ ،وانظر : شرح تنقيح الفصول ص ٨٢ .

(٢) انظر : الفروق ١ /٦٢ ،وشرح تنقيح الفصول ص ٨٢ ، وتهذيب الفروق ١ /٦٠ . وانظر : السبب عند الأصوليين ٢ /٤٢ .

المبحث الثانـــي

الخلاف في أركان الوصية ،وبيان الراجح

لما كانت الوصية عقدا من العقود ،فانها تحتاج الى متوسـات العقد ،وهي العاقدان ،والمعقود عليه ،والصيغة ،ولذا فان الذى عليه أكثر الفقهاء أن هذه الأربعة أركان للوصية ،اذ قالوا ان أركان الوصية " موصي ،وموصي له ،وموصى به ،وصيغة " لأن هذا هــو شأن العقود ،ومنها الوصية ،فلا يتأتى وجودها الا اذا تحققـت أركانها الأربعة ،ففي بداية المجتهد(١) لابن رشد : " والأركـان أربعة : الموصي ،والموصي له ،والموصى به ،والوصية أى الصيغة " . وفى تحفة المحتاج(٢) : " وأركانها : موصي ،وموصى له ،وموصى بـه وصيغة " . وفى نيل المآرب(٣) : " أن أركان الوصية أربعة : وهـي موصي ،وصيغة ،وموصى له ،وموصى بـه " .

لكن الحنفية انفردوا عن غيرهم من العلماء فقالوا : " جريا علـى أصلهم فى المعقود " ان ركن الوصية هـو الصيغة وحدها ،الا أنـه حصل خلاف بينهم فى : هل الصيغة هى الايجاب وحده ؟ من الموصي أو هى مجموع الايجاب من الموصي ،والقبول من الموصى له ؟ علـى قولين(٤) : -

---

(١) جـ ٢/ ٢٨٨ .

(٢) جـ ٧/ ٤ .

(٣) ص ١٨ .

(٤) انظر بدائع الصنائع ٩/ ٤٨٤١ ،وينظر: حاشية بن عابدين ٦/ ٦٥٠ ،

١ - فالذي ذهب اليه أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد أن الصيغة لا توجد بالايجاب وحده ، بل لا بد من القبول معه، لأنه بدون القبول لا وجود للوصية - قياسا على سائر العقود - .

والقبول نوعان : -

١ - صريح . ٢ - دلالي أو حكمي .

فالصريح : أن يقول الموصى له قبلت الوصية ونحوه ، والدلالي "عند الحنفية" يكون حين يكون القبول الصريح متعذرا ، وذلك في ثلاثة مواضع : -

الأول : الوصية للجنين ، فان الوصية تدخل في ملكه متى استوفت شروطها من غير قبول استحسانا ، لعدم من يلي عليه عندهم حتى يقبل عنه .

٢ - الثاني : اذا مات الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد ، فان الوصية تنتقل الى الورثة بدون قبول استحسانا .

الثالث : اذا كان الموصى له غير معين كالفقراء والمساكين .

واستظهر بعضهم أن القبول في هذه الحالات الثلاث ليس بركن ولا شرط ، فتتم الوصية ، وتفيد حكمها بايجاب الموصي وحده متى توفي مصرا على وصيته ، وفي غير هذه الحالات الثلاث السابقة يكون القبول ركنا في تعبير البعض منهم ، وشرطا في تعبير بعضهم الآخر ، غير أنه لا يعتبر شرطا لصحة الوصية

= = ٦٥٨ ، ومابعدها .

وينظر : أحكام الوصايا ، والأوقاف للدكتور بدران ١٤ .

وانما هو شرط لثبوت أو لافادة الملك للموصى له حتى لا يملك قبل القبول[١] ، وقد قال بذلك ايضا أبو حنيفة وصاحباه ومحمد وأبو يوسف ،وقال زفر من الحنفية ،الركن هو الايجاب من الموصي فيملك الموصى له الموصى به بدون القبول ،ولهذا قال الكاساني[٢] : " وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه ، قال أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله هو الايجاب ،والقبول . الايجاب من الموصي ،والقبول من الموصى له ، فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن ، وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصي له ،وهو أن يقع اليأس عن رده ....

وقال زفر - رحمه الله -" الركن هو الايجاب من الموصي فقط.."

... ...

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٨٤ ،والعناية على الهداية ١٠/٤٢٧ ، وعقد الوصية ١٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٩/٥٠٤٨٤١ .

الأدلـــة والمناقشـــة

١ - استدل زفر لما ذهب اليه بأن الوصية أخت الميراث ،اذ كـل منهما خلافـة ،ثم ان الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية[(١)] .

* ونوقش هذا الدليل بعدم صحة قياس الوصية على المـــيراث، لمجرد ثبوت الاستخلاف فى كليهما ،لأن الاستخلاف فى الميراث من الشارع ،وله ولاية الالـزام ،فصح أن يكون التمليـــــك بالاجبار من غير قبول ،وأما الاستخلاف فى الوصية فمن الموصي وهو لا يملك الزام الموصى له بالموصى به ،فكان لابد من قبولـه ويدل على أن الوصية اثبات ملك جديد ،وليست خلافة مــــن كل وجه ،انه اذا اشترى المريض شيئا ثم أوصى به لرجـــــل فوجد الموصى لـه بـه عيبا بعد تملكه ،فانه لا يملك رده علــى بائعه بهذا العيب ،ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريـــق الخلافة لثبت لـه ولاية الرد بالعيب كما فى الوارث[(٢)] .

٢ - واستدل أبو حنيفة وصاحباه لما ذهبوا اليه : -

أولا : بقوله تعالى[(٣)] : " وأن ليس للانسان الا ما سعى" .

وجه الاستدلال : أنه لا يكون للانسان شئ بدون سعيه ،فلــو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه ،وهـذا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٩/ ٤٨٤١ ،وانظر: نتائج الأفكار فى كشف الرمـــوز والأسرار ١٠/ ٤٢٩ .

(٢) انظر: نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠/ ٤٢٩ ،وانظر: تبييـــن الحقائق ٦/ ١٨٤ ،وشرح قانون الوصية ص ١٨ ،للشيخ محمد ابوزهرة .

(٣) سورة النجم آية ٣٩ .

منفى الا ما خص بدليل[1] .

ثانيا : بالفرق بين الوصية والوراثة من حيث ان الثانية خلافة من كل وجه حتى تثبت فيها الأحكام كالرد بالعيب ، وتثبت فيها الملكية جبرا من غير قبول .

وقد نوقش هذا الدليل بأن الوصية استخلاف فى بعض المال ، فلماذا لا تكون مثل الميراث فى الملكية بغير قبول ؟

وقد أجيب عن هذه المناقشة : بأن الوصية ليست استخلافا من كل وجه كما فى الارث ، بل لها شبهان ، شبه بالهبة ، وشبه بالميراث ، فهى تشبه الارث من حيث أنها تملك بالموت وتشبه الهبة من حيث أنها تملك باختيار المتبرع ، وانما كانت استخلافا من وجه ، لأن الموصي يجعل الموصى له خليفته فى بعض ماله ، فلشبه الوصية بالهبة يشترط القبول مادام ممكنا من الموصى له فلا تملك قبل القبول ، وترتد بالرد ، ولشبهها بالميراث اكتفى فيها بالقبول من غير اشتراط القبض ، وسقط اعتبار القبول اذا كان غير ممكن ، فعملا بالشبهين يسقط القبول عند الحنفية بموت الموصى له قبل القبول[2] .

ثالثا : ولأنه لو ثبت الملك فى الوصية بدون قبول الموصى له ، لأدى ذلك الى الاضرار به من وجهين[3] : -

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٩ / ٤٨٤١ .

(٢) بدائع الصنائع ٩ / ٤٨٤١ ، وتبيين الحقائق ٦ / ١٨٤ ، ١٨٦ ، ونتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠ / ٤٢٩ ، وعقد الوصية ص١٣ ، والمبسوط ٢٨ / ٤٧ .

(٣) بدائع الصنائع ٩ / ٤٨٤١ .

أحدهما : أنه يلحقه ضرر المنه ،ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله ،دفعا لضرر المنه .

الثاني : أن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له ، كما اذا كان الموصى به حيوانا قليل النفع ،أو لانفع فيه ،كما لو كان عبدا أعمى ،أو زمنا ،أو مقعدا ونحو ذلك ،ولهذا أشار في الأصل[1] : " فقال " أرأيت لو أوصى بعبيد عميان أيجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع ،فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه ،والزام (من غير من له ولاية) الالزام ،اذ ليس للموصي ولاية الزام الضرر ،فلايلزمه ،بخلاف ملك الوارث ،لأن اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالزام وهو الله تبارك وتعالى ،فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التى تلزم بالزام الشرع ابتداء... "

وبالموازنة بين الرأيين ودليليهما ،ومناقشة ما استدل به زفر لرأيه ،يتضح لنا قوة رأى الامام أبي حنيفة وصاحبيه .

على أنني اختار القول بجعل القبول شرطا لثبوت أو لافادة الملكية للموصى له ،لا ركنا وهو ما قال به أكثر الحنفية وهم أبو حنيفة وصاحباه محمد وأبو يوسف ـ لأن الوصية لا تخرج عن كونها تبرعا من التبرعات ،والتبرعات يكفي في وجودها شرعا ما يصدر من المتبرع وحده ،وهو الايجاب ،وليس بلازم أن يكون

---

(١) من غير ليست مثبته في البدائع وانما الحقها صاحب كتاب التركة ينظر بدائع الصنائع فقد اقتبسه ٩/ ٤٨٤١ ،والتركة ١٦٣ .

ما يصدر من الطرف الثاني ركنا فى العقد ، بل يكفى أن يكون شرطا لثبوت الملك للموصى له ، لا سيما وأن هناك صورا للوصية تتم وتلزم بدونه ، كالوصية لجهة من الجهات التى ليس لهـا من يمثلها شرعا ، فلو قلنا بركنيته لا نعدمت الوصية لتلك الجهات لانعدام ركنها ، اذ أنه يلزم من القول بجعله ركنا لا شرطا ، موافقته للايجاب ليتحقق الانعقاد والارتباط بين شطرى الصيغة ، وعدم لزوم ذلك على القول بجعله شرطا لثبوت أو لافادة الملكية للموصى له[١].

ركن الوصية فى قانون الوصية المصرى

اعتبر قانون الوصية المصرى الايجاب وحده محققا الوصية ، فقد جاء فى فقرته الأولى من المادة الثانية[٢] مانصه : " تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية باشارته المفهمه " فهذا صريح فى أن الوصية تتحقق بما يصدر عن الموصي وحده ، ولم يقف القانون على ذلك فقط ، بل بين مركز القبول فى المادة العشرين[٣] منه ونصها : " تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فاذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد اذن المجلس الحسبى

---

(١) بدائع الصنائع ٩/٤٨٤٩ ، والوصية ١٢/١٣ .

(٢) شرح قانون الوصية ص ٢٧٣ .

(٣) شرح قانون الوصية ص ٢٧٦ .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا فاذا لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول فهذا النص صريح وواضح فى أن القبول يأتي بعد وجود الوصية لأن اللزوم أمر زائد على أصل العقد ،فلو اعتبرناه ركنا للوصية - كما هو قول بعض علماء الحنفية - لما وجدت قبل وجوده ،فضلا عن لزومها فى بعض صورها بدونه[1] .

ومن هذا العرض يتبين لنا موافقة قانون الوصية لما ذهب اليه بعض علماء الحنفية ،من جعل ركن الوصية الايجاب وحده واعتبار القبول شرطا لثبوت أولافادة الملكية ،وهو ما أخذنا به ،وعللنا سبب الأخذ به .

*** *** ***

---

(١) الوصية ١٣/١٢ .

البَابُ الثَالِثُ

الباب الثالث

في شروط الوصية

وفيه فصول :

الفصل الأول : شرط الباعث على الوصية

الفصل الثاني : شروط الموصي

الفصل الثالث : شروط الموصى له

الفصل الرابع : شروط الموصى به

* ——— *

الباب الثالث

في شروط الوصية

وفيه فصول : -

الفصل الأول

شرط الباعث على الوصية

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتيسير ومخالفة القواعد ، فهي وان كانت تمليكا الا أنه لم يلاحظ فيها قواعد التمليك كلها .

كما أن لها صورا عديدة ، فتارة تكون لشخص أو لا شخاص ، وأخرى تكون لجهة أو لجهات ، والأشخاص اما معينون أو غير معينين ، موجودون عند انشاء الوصية أو غير موجودين ، محصورون أو غير محصورين ، تجمعهم بالموصي ديانة واحدة أو لا ، كما تقع للوارث ولغيره ، وقد يتعجل الموصى له التمليك فيقتل الموصي أو يتسبب في قتله .

فهذه الصور منها ما يصح ، ومنها مالا يصح ، ولا بد لمعرفة ذلك من الوقوف على الشروط التي شرطها الفقهاء في الموصى له ، كما أن هذه الشروط منها ما هو موضع اتفاق بين الفقهاء ، ومنها ما هو موضع اختلاف بينهم .

كما سنعرض لذلك - ان شاء الله - في مواطنه من هذه الرسالة .

ولأنه - وكما قلنا ان الوصية بنيت في أصل مشروعيتها على التسامح والتيسير - فلأن ذلك راجع الى الغاية منها وهي الصلة والقربة ،

لأجل ذلك فانه يشترط لصحتها أن لا تكون لجهة معصية ،والا تخلفت تلك الغاية ،لتخلف جهتها ،وبطلت الوصية ، وعليه فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الأديان كلها ،كدور اللهو المحرم ،وأندية القمار ،والنياحة على الموتى ،وما شابه ذلك ،كما لا يصح منه الايصاء للكنائس والمعابد التى لغير المسلمين ،لأن ذلك لا يعتبر قربة في عقيدته[1] ،وذلك باتفاق بين الفقهاء[2] على عدم صحة الوصية في هذين النوعين .

أما اذا كانت الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها ،ولكن الباعث على الوصية محرم ،كالوصية لأهل الفجور ليستعينوا بها على فجورهم ،والوصية لخليلته لتستمر علاقته الآثمة بها ،فان الوصية هنا

---

(١) ولأنه لا يجوز منه في الحياة فلا يجوز منه في الممات،انظر الكافى ٢ /٤٧٩

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٦ / ٤١ ،والمغني والشرح الكبير٦ / ٥٣٢ ،والمحلى لابن حزم فقد جاء فيه : " ولا تحل وصية في معصية لا من مسلم ولا من كافر ،كمن أوصى ببنيان كنيسة أو نحو ذلك لقول الله تعالى : "ولا تعاونوا على الاثم والعدوان "،ولقوله تعالى : " وأن أحكم بينهم بما أنزل الله " فمن تركهم ينفذون خلاف حكم الاسلام وهو قادر على منعهم فقد أعانهم على الاثم والعدوان " المجلد السادس ٩ / ٣٩٩ ،وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٣٧٦ ، ٣٨٠ ،فقد جاء فيه : " وعلى هذا فالمراد بالمعصية ماليس بقربه " وضرب لذلك أمثلة ،وانظر : بدائع الصنائع ٩ / ٤٨٦٢ . فقد جاء فيه :
" ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل ،لأنه معصية)
وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ٥٤ ، ٥٥ .
وانظر : كشاف القناع ٤ /٣٦٤ .

تمليك لمن هو أهل له ،وهم الأشخاص ، لكن الباعث عليها محرم، وهو اعانتهم على محرم شرعا ،فقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الوصية تبعا لاختلافهم في اعتبار النوايا والقصود ،فمن اعتبر القصد، أبطل الوصية ،لأن القصد منها أمر ممنوع شرعا ،فكل عقد قصد به عاقده أمرا ممنوعا شرعا ،أو قصد به تغيير ما شرعه الله وتبديله فهو عقد باطل متى ظهر ذلك بأى قرينة تدل عليه ،ولذلك فان ابن القيم ذكر في اعلام الموقعين " بأن العبرة في أحكام العقود بالقصود ،وأنه متى كان القصد من انشاء العقد اثما ،وقام على ذلك دليل من لفظ أو قرينة ،كان عقدا فاسدا ،ذلك أن الشارع لم يجعل العبارة منشئة للعقد الا لأنها تكشف وتفصح عما في النفس من نية وقصد الى انشاء ذلك العقد على وضعه المشروع ،دون أن يقصد بها عما في نفسه مما يناقض معناها ،بدليل أنه اذا لم يكن مدلولها موافقا لما في النفس ،وما قصد اليه المتكلم بها ،وانما كان المقصود منها مناقضا لمدلولها كانت خبرا كاذبا عما في نفسه ،ولم يكن بينها وبين ما قصد اليه اتصال ولا مطابقة وبذلك انعدم سبب اعتبار الشارع لها ،كالعبارة تصدر من المكره - فباللفظ والمعنى المطابق للقصد يتم الحكم ،فكل منهما جزء السبب ،وهما مجموعه، وان كانت العبرة في الحقيقة بالمعنى ،فان اللفظ معتبر في نظر الشارع ليدل عليه ،ولهذا أبطل الشارع عبارة المخادع المحتال الذى أظهر خلاف ما أبطن ،ولم يرتب عليها ما قصد اليه منها ،كالمحلل والمرابى بعقد العينة ،وكل من احتال على اسقاط واجب أو فعل

---

(١) حـ ٣/ ١٣١ ومابعدها " بتصرف ".

محرم بعقد أو قول أظهره ،وأبطن من ورائه الأمر الباطل ،فليس يحصل لمن على هذه الصفة مقصوده ،الذى قصده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه ،لأن فى تحصيل مقصوده تنفيذ للمحرم واسقاطا للواجب ،واعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه، وفى كل ذلك اعانة على الإثم والعدوان "ولا فرق فى الحكم بين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية اليه ،وبين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية الى غيره ،فالمقصود اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ،ويحل بعينه من طريق أخرى ،والطرق وسائل وهى مقصودة لغيرها فأى فرق بين التوسل الى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ،والتوسل اليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الاعلان والظاهر الباطن والقصد اللفظ ،بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة ،كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت وفى قلوبهم أوضع، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه ".

ولهذا قال أيوب السختياني(١) ،وهو من كبار التابعين وساداتهم

---

(١) السختياني هو أبو بكر أيوب ابن أبي تميمة السختياني . قال فيه الحسن : أيوب سيد شباب أهل البصرة ،وقال هشام بن عروة: ما رأيت بالبصرة مثل ذاك السختياني ،وقال شعبه : " أيوب سيد الفقهاء" ،وقد أخذ عنه مالك ،وسفيان الثورى ،وغيرهما .

* توفى سنة ١٣١ هـ . أنظر : طبقات الفقهاء ص ٨٩ .

وأئمتهم فى هؤلاء : يخادعون الله كما يخادعون الصبيان ، لو أتوا لأمر على وجهه كان أسهل عليهم ".[1]

أما من اعتبر الارادة الظاهره ،فقد قال بصحتها ،اذ أنه لا اعتبار للنوايا والقصود مالم يوجد فى الكلام ما يدل على ذلك الباعث ،الا أن هذا الرأى محجوج بما أوردنا عن ابن القيم .

وقد أخذ قانون الوصية المصرى بالرأى الأول ،فقال فى المادة الثالثة فى فقرته الأولى[2] : " يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية ،وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع : " والواقع أن اختيار القانون لذلك الرأى اختيار موفق اذ به تسد الذرائع الى الاثم ،وتجتث به أصوله ويقضي به على دواعيه ،وهو ما نأخذ به كذلك .

وعلى ذلك تصح الوصية لما هو قربة فى نظر الأديان جميعها كالوصية للفقراء والمحتاجين مسلمين أوغير مسلمين ، والوصية للملاجئ والمصحات ،ولما هو قربة فى نظر الاسلام فقط كالوصية للمساجد ومساعدة الحجاج ،بشرط ألا يكون الباعث على الوصية يتنافي ومقاصد الاسلام .

وأما اذا كان الموصي غير مسلم فيشترط لصحتها فى نظر القانون أن تكون الجهة الموصى لها غير محرمة فى شريعته ،وفى الشريعة الاسلامية ،كما صرحت بذلك الفقرة الثانية[3] من المادة الثالثة فقالت:

---

(١) المصدر السابق ، فقد اقتبسه ابن القيم .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٣ للشيخ محمد ابو زهرة .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٣ " " " .

: " واذا كان الموصي غير مسلم[1] صحت الوصية الا اذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية " .

وهذا يقتضي صحتها منه لما هو قربة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية معا كجهات البر العامة كالملاجئ والمصحات والمستشفيات والفقراء من المسلمين وغيرهم ، والوصية لبيت المقدس ، كما تصح بما هو قربة في نظر الاسلام فقط كالمساجد ، وسائر الشعائر الاسلامية ، أو في شريعته فقط كدور العبادة الخاصة بهم وشعائر دينهم .

لكن تبطل وصيته فيما هو محرم في دينه وفي الاسلام كالوصية لأندية القمار ، ودور اللهو المحرم .

ومن هذا العرض يتبين لنا أن قانون الوصية المصري يتفق مع مذهب الحنفية الا في صورة واحدة أخذ حكمها من مذهب الشافعي وهي : " ما اذا أوصى غير المسلم بما هو قربة في نظر الاسلام لقوم غير معينين ، لأن الشرط في صحة الوصية عنده عدم كونها معصية ولا مكروهة لذاتها ، فقد جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج[2] : " واذا أوصى لجهة عامة فالشرط أن لا تكون معصية ولا مكروها لذاته ، .... وكذا اذا أوصى لغير جهة يشترط عدم المعصية والكراهة ايضا .... ثم قال : " وشمل عدم المعصية القربة كعمارة المساجد ولو من كافر ....." .

---

(١) المراد بغير المسلم ـ الوارد ذكره في تلك المادة ما هو أعم من الذمي والمستأمن في دار الاسلام ، والحربي في دار الحرب ، كما في المذكرة التفسيرية . أنظر: المصدر السابق .

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٦ / ٤١ ، وانظر: احكام الوصايا والأوقاف ٧٧ للشيخ محمد شلبي وانظر المصادر السابقة . وانظر الوصية ٤٩ ، وانظر المبسوط ٢٨ / ٩٤ .

وصيـــة الضـرار :

وهي تفضيل بعض الأولاد على بعض في النحلة والعطية ، وايثـار بعض الأبناء على الآخرين بوصية ، وقد كره رسول الله - صلى اللـــه عليه وسلم - ذلك حتى قال بعض الفقهاء ان التسوية بين الأولاد واجبة وان التفضيل حرام(١) ، وفي ذلك(٢) روى مسلم(٣) بسنده عن النعمان بـــن بشير أن أباه أتى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فقال : انـي نحلت ابني هذا غلاما كان لي ، فقال رسول الله - صلى الله عليـــه وسلم - : " أكل ولدك نحلته مثل هذا ، فقال لا ، فقال رسول اللـــه - صلى الله عليه وسلم - فارجعه ، وفي رواية قال : " فاردده ، وفـي رواية فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أفعلت هـــذا بولدك كلهم ؟ قال : " لا ، قال : " اتقوا الله واعدلوا في أولادكم "

---

(١) عقد الوصية ص ٨١ .

(٢) انظر : صحيح مسلم بشرح النووى ١١/٦٥ .

(٣) هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابـــورى حافظ من أئمة الحديث ، ولد بنيسابور سنة ٢٠٤ هـ ، أشهر كتبـــه صحيح مسلم ، وقد كتب أحاديثه في خمس عشرة سنة ، وهو أحـــد الصحيحين ، ومن كتبه أيضا ، المسند الكبير ، والاسماء والكنى وغيرها توفى بظاهر نيسابور سنة ٢٦١ هـ .
انظر تاريخ بغداد ١٣/١٠٠/١٠٤ ، وفيات الاعيان ٤/٢٨٠ ، ٢٨٢ ، تذكرة الحفاظ ٢/٥٨٨ ، ٥٩٠ . الأعلام ٨/١١٧ ، ١١٨ .

قال : فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وقد رواه مسلم[١] بسنده بطريق آخر عن النعمان بن بشير قال : " تصدق عليّ أبي ببعض ماله ، فقالت أمي عمره بنت رواحه لا أرض حتى تشهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فانطلق أبي الى النبى - صلى الله عليه وسلم - ليشهده على صدقتي ، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا : قال : " اتقوا الله واعدلوا فى أولادكم " وفى رواية[٢] : " فقال أله اخوة ؟ قال نعم ، قال أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيته ؟ قال لا ، قال فليس يصلح هذا ، وانى لا أشهد الا على حق " ، وفى رواية[٣] : " أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لأبيه لا تشهدني على جور " فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حكم بأن ايثار بعض الأبناء يعطيه أو وصية جور وظلم ، كما ثبت عن ابن عباس[٤] ايضا : " الاضرار فى الوصية من الكبائر ".

هـذا : ولما كان للوصية شروط مختلفة ، بعضها يرجع الى الموصي وبعضها يرجع الى الموصى له ، وبعضها يرجع الى الموصى به ، فقد جعلت لكل نوع من هذه الشروط فصلا خاصا به ، على ماسنبينه فى مواضعه من هذه الرسالة .

---

(١) رواه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبه نا عباد بن العوام عن حصين عن الشعبى قال سمعت النعمان بن بشير ، كما رواه من طريق يحيى بن يحيى واللفظ له ومن طريق ابى الأحوص عن حصين عن الشعبي عن النعمان بن بشير المصدر السابق .

(٢) رواية مسلم من طريق احمد بن عثمان النوفلي بسنده عن النعمان بن بشير . المصدر السابق .

(٣) رواية مسلم عن طريق بن نمير بسنده عن النعمان بن بشير . المصدر السابق

(٤) رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح ، ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقات . انظر : نيل الاوطار للشوكانى ٦/ ٤٠

الفصـــل الثانـــى

شـــروط الموصـــــــــــــــي

وفيـه مباحـث :

* المبحث الأول : العقل : وصية الصبى والسكران
* المبحث الثانى : الرشد : وصية السفيه ، وذى الغفلة
* المبحث الثالث : الاسلام . وفيه مطالب :
  - المطلب الأول : وصية الذمي
  - المطلب الثاني : وصية المستأمن
  - المطلب الثالث : وصية الحربـــى
* المبحث الرابـع : وصية المرتـــد
* المبحث الخامس : وصية المخطئ والهازل والمكره
* المبحث السادس : وصية المدين
* المبحث السابع : وصية الفقـير

الفصل الثانــي

شروط الموصــي

بما أن الوصية عقد ينشأ بارادة الموصي واختياره أولا ،فان من الحكمة أن نبدأ ببيان ما يرجع اليه من شروط ،وقد بينتها في المباحث الآتية : -

المبحث الأول

العقل : وصية الصبي والسكران

اشترط الفقهاء في الموصي لتصح وصيته أن يكون عاقلا مميزا ، فاذا انعدم العقل والتمييز مثلا فلا وصية ،ولهذا فانهم اتفقوا على أن وصية المجنون ،والمعتوه ،والصبي غير المميز الذى لا يقصد الى معاني العبارات قصدا صحيحا باطله ،لأن عبارة هؤلاء ملغاة في نظر الشارع ،ولا اعتبار لما تدل عليه ،فلا ينعقد بها عقد ،ولا ينشأ بها تصرف سواء كان نفعا محضا ،أم كان محتملا للأمرين .

وقد أخذ قانون الوصية المصرى بذلك ،فاشترط لصحة وصية الموصي أن يكون متمتعا بأهلية التبرع " بالغا عاقلا رشيدا " جاء ذلك صريحا في المادة الخامسة[1] منه " يشترط للموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا .."

وكما لا تصح وصية فاقد العقل والتمييز ،فانها لا تصح أيضا ممن له ولاية عليهما لأن الوصية تبرع ، = وهما غير مكلفين بشئ من الطاعات

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٤ .

حتى يثبت لهما ثواب أو عقاب = ومن ثم فانه لا يعود هذا التبرع عليهما بشئ فى الحال أو المآل.(1)

لكن لو أنشأ الموصي وصيته ثم جن بعد ذلك ،فهل يؤثر جنونه فى الوصية أم لا ؟ .

للاجابة على ذلك نقول ، لقد سبق أن عرفنا أن الفقهاء متفقون على أن وصية المجنون باطلة ،لأنه لا ولاية له على نفسه ،الا أنهم اختلفوا فى هل يؤثر جنون الموصي فى وصيته بعد انشائها أو لا يؤثر؟

فالذى ذهب اليه الحنفية(2) التفرقة بين الجنون المطبق(3) - وهو ما يستمر شهرا على الرأى الراجح عندهم - وبين الجنون غير المطبق وهو ما دون الشهر . فقالوا بابطال الوصية بالجنون المطبق سواء

---

(1) انظر : المجموع ١٥/٤٥ ،وانظر : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٢/١٣ ،وانظر : شرح روض الطالب من أسنى المطالب ٣/٢٩ ،وانظر : كشاف القناع ٤/٣٣٦ ،المدونة للامام مالك ٦/٣٢ ،٣٣ .

(2) انظر : بدائع الصنائع ٩/٤٩٧٩ ،وعقد الوصية ٤٤ ،والدر المختار ٦/٢٦٣ .

(3) اختلف علماء الحنفية فى تحديد مدة الجنون المطبق ،فقال محمد انه ما يستمر سنه ،وذلك لأن أقصى مدة للعبادات هى سنة للزكاة ،فأعتبرت لأنه بمضيها تسقط العبادات كلها فى السنة ،فيكون ذلك دليل سقوط التكليف ،وقال أبو يوسف انه ما يستمر شهرا ،لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة الصوم فاعتبر مقداره ،واختار بعض العلماء فى تحديد مدته بستة أشهر ،ومنهم صاحب الدر المختار ،انظر المصدر السابق ،ولكن القانون اختار رأى أبي يوسف وسار عليه . انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٦١/٦٢ .

اتصل بالموت أو لم يتصل = بأن حصلت منه افاقة قبل المـوت = كما يبطل بـه توكيلـه غيره ،واحتجوا لذلك بأن الوصية عقد غـير لا زم يجوز للموصي الرجوع عنه في أى وقت شاء ،والعقود غير اللازمة يكـون لبقائها حكم انشائها ،فيشترط لبقائها - صحيحة حتى الوفاة - مـا يشترط عند انشائها من تمام العقل ،لأن بقاءها يقتضى توافـر الارادة المستمرة لبقائها وعدم الرجوع عنها ،وهذه الارادة لا تكـون الا باستمرار الأهليـة .

ونوقش هذا الدليل من ناحيتين :

الأولى : من ناحية بطلان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقـد لاحتمال رجوعه لولا جنونـه المطبـق .

والثانية : من ناحيـة قياسها على الوكالـة .

فأما من الناحية الاولى : فهذا الاحتمال ليس له مسوغ قوى ،لأن الاحتمال المذكور ضعيف وبعيد ،لحرص العقلاء على صون تصرفاتهـم وعـدم نقضهـا الا عنـد الضرورة القصـوى ،ومثل هذا الاحتمال لا يكفى لبطـلان التصرف ونقضه .

وأما من الناحية الثانية : وهي قياس الوصية على الوكالة ،فهذا قياس غـير صحيح ،لأن الوكيل يستمد ولايتـه فى التصرف من ولايـة موكله ،فاذا زالت أهليتـه زالت الولايـة التى يستمد منها الوكيل سلطانه ،وبسبب ذلـك تنتهى الوكالـة .

وأما اذا كان الجنون غير مطبق - أى متقطعا - بأن كان صاحبـه يفيـق أحيـانـا ويجـن أحيـانـا ، فقـد قـال عنـه الحنفيـة

انه لا يؤثر فى صحة الوصية ،لأنه يشبه الاغماء[1] ،فلا تزول به أهلية الموصي ،كما لا تزول بالاغماء ،ولأن زوال العقل فى غير الجنون المطبق غير مجزوم به ،فلا تزول به التصرفات الثابتة الا أن يوجد من الموصي ما يدل على رجوعه عن تصرفاته[2] .

وأما المالكية ،والحنابلة ، فقد ذهبوا الى أن الجنون الطارئ على الوصية لا يؤثر فيها متى كان الموصي كامل الأهلية وقت انشائها سواء أكان الجنون مطبقا ،أم لا . أتصل بالموت أو لم يتصل ،وقد استدلوا لذلك بأن الوصية كسائر العقود والتصرفات التى تعتمد فى صحتها على تحقيق الأهلية وقت انشائها فقط وزوالها بعد ذلك لا يؤثر فى صحة العقد أو التصرف كما لا تبطل تصرفاته الأخرى من بيع واجارة ونحوهما فيما لو حدث له جنون بعد حصول شئ من ذلك منه[3] .

---

(١) فى حين يرى الشافعية أن وصية المغمى عليه غير صحيحة ،ويلحقونه بالمجنون ،فى عدم التكليف ،الا أنه يرد عليهم ما ورد على دعوى الحنفية لابطال الوصية بالجنون المطبق ،على أنه بالبحث فى هذه المسألة لم أجد أكثر من أن قالوا : " تصح وصية كل مكلف حر .... لا مجنون ومغمى عليه وصبى "،قال شارح المنهاج : " فلا تصح وصيتهم لعدم التكليف " ولم أجد عندهم تلك التفرقة بين كون الجنون مطبقا ،أو غير مطبق ،كما هو موجود عند الحنفية . ينظر المنهاج للنووى مع شرحه السراج الوهاج للشيخ محمد الزهرى الغمراوى ص ٣٣٥ / ٣٣٦ ،وينظر حاشيتا قليوبي وعميره ١٥٧/٣ .

(٢) عقد الوصية ٤٥ ،وانظر: بدائع الصنائع ٩ / ٤٩٧٩ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٤ / ٣٣٦ ، ٣٣٧ ،والمغنى والشرح الكبير٦ / ٥٢٨ ، ٥٢٩ ،وانظر : المدونه الكبرى للامام مالك فقد جاء فيها قوله : "... قال ==

وبالموازنة بين الرأيين وأدلة كل منهما ، ومناقشة ما استدل به الحنفية لبطلان الوصية بالجنون الطارئ اذا كان مطبقا ، وقياسها على الوكالة . فانه يترجح لنا صحة ما ذهب اليه المالكية والحنابلة، من القول بعدم بطلان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقد لأمرين أحدهما أن الوصية شرعت لكي يتدارك بها الموصي ما فاته من صلات كان عليه أن يقوم بها ، أو صدقات أو مبرات كانت مطلوبة منه ، وليس من مصلحته أن يحال بينه وبين ما أقدم عليه من خير أراده ، بسبب ظهر أنه لم يكن مانعا له من الرجوع فى وصيته لو أراد .

الثاني ، ولأن الوصية قد صدرت من الموصي فى وقت كان فيه تام الاختيار والرضا ، وكامل الأهلية .

مسلك قانون الوصية المصرى :

فى الوقت الذى يعتبر القانون وصية المجنون وفاقدى الأهلية باطله ، الا أنه ازاء الجنون الطارئ بعد انشاء الوصية وقف موقفا وسطا بين المذهبين السابقين ، فقد اشترط فى المادة الرابعة عشرة لبطلان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقد شرطين .

الأول : أن يكون جنونا مطبقا كالمذهب الحنفي ، الثاني : أن يتصل بموت الموصي ، جاء ذلك صريحا فى المادة المشار اليها . ونصها :

= = مالك الأمر المجتمع عليه عندنا . . . والمصاب الذى يفيق احيانا أن وصاياهم تجوز اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون به الوصية " ٣٢/٦ ، ٣٣ بتصرف . وانظر: مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٦/ ٣٦٤، وعقد الوصية ٥٠٤، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٢/ ٢٢٩ .

" تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا اذا اتصل بالموت"[1] .
وقد عللت المذكرة التفسيرية ذلك بأنه لولا الجنون المطبق المتصل بالموت لكان بامكان الموصي الرجوع عن وصيته ،لكن مراعاة لحقه بطلت وصيته ،أما اذا كان الجنون غير مطبق - بأن لم يمكث شهرا - أو كان مطبقا لكن لم يتصل بالموت فانه مراعاة لحقه لا تبطل وصيته لأنه بامكانه وقت افاقته أن يستعمل حقه فى الرجوع عن وصيته، فاذا لم يرجع فى هذا الوقت كان ذلك دليلا على اصراره على وصيته فلا تبطل .

وهذا التوسط تصرف فقهي حسن من واضعي القانون ، اذ أنه قال برأى الفقهاء فى عدم بطلان الوصية فيما اذا كان الجنون غير مطبق ،كما أنه قال بعدم بطلان الوصية اذا كان الجنون مطبقا ولم يتصل بالموت أخذا بمذهب المالكية والحنابلة ،وقصر البطلان بالجنون الطارئ بعد العقد على حالة واحدة ،وهى ما اذا كان الجنون مطبقا متصلا بالموت . أخذا بمذهب الحنفية[2] .

هذا : واننا حينما نستحسن ما ذهب اليه قانون الوصية المصرى ،فان ذلك لا يشكل تعارضا مع ترجيحنا لأحد الرأيين السابقين على الآخر .

لأننا حينما رجحنا كان أمامنا رأيان رأى الحنفية ورأى من خالفهم من المالكية والحنابلة ،فرجحنا الرأى الثاني على الأول ،لما قدمناه،

---

(١) انظر: شرح قانون الوصية ٢٧٥ ،وانظر : عقد الوصية ٤٥ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٦٢ ،وعقد الوصية ص ٤٦ .

أما القانون فقد أتى برأى ثالث فلا مانع من ترجيحه واستحسانـــــه على الرأيين السابقين ،ونعني بذلك أننا اذا فاضلنا بين الرأيين كان الثاني أرجح ،واذا فاضلنا بينهما وبين ما ذهب اليه القانـــون كان ماذهب اليه أرجح وأولى بالقبول اذ فيه جمع بين الاراء (١). والله أعلـــــــــــــم .

... ...

(١) انظر : عقـــد الوصيـــــة ٤٦ .

وصيــــة الصــــبي :

اتفق فقهاء المذاهب على أن وصية الصبي غير المميز الذى لم يبلغ السابعة من عمره ،ولا يقصد الى معاني الكلمات قصدا صحيحا باطله ،لفقدانه الأهلية كالمجنون والمعتوه[1].

أما الصبي المميز :

فقد اختلف الفقهاء فى حكم وصيتــه :

فالذى ذهب اليه الحنفية[2] ، وابــن حــزم[3] ،والقـول المعتمـد

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٧٢٦ ،والمحلى لا بن حزم ٦/ ٤٠٣ ، وتبيين الحقائق ٦/ ١٨٥ .

(٢) بدائع الصنائع ٩/ ٤٨٤٧ ،والمبسوط ٢٨/ ٩١ ، وحاشية بن عابدين ٦/ ٦٥٦

(٣) المحلى لا بن حزم ٩/ ٤٠٣ ،وابن حزم هو : أبو محمد على بن أحمد ابن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح الظاهرى ،أصله من فارس ، ولـد بقرطبه سنة ٣٨٤ هـ ،عالم الأندلس في عصره ،فقد كان فى الأندلـس خلق كثير ينتسبون الى مذهبه ،يقال لهم " الحزميه " كانت له ولأبيـه من قبله رياسة الوزارة ،وتدبير المملكة ،لكنه زهد فيها وانصرف الى العلم والتأليف ،فكان فى أوائل الباحثين ،فقيها حافظا ،يستنبط الأحكـام من الكتاب والسنة ،بعد أن كان شافعيا ،رحل الى بادية "ليله " مـن بلاد الأندلس بعد أن أقصاه الملوك ،وطاردوه بسبب تمالؤ الناس علـى بغضه حين انتقد كثيرا من العلماء والفقهاء ،فتوفى فى هذا المنفـى سنة ٤٥٦ هـ ،ومن تصانيفه ،الفصل فى الملل والأهواء والنحل والمحلى والأحكام فى أصول الأحكام ،انظر : وفيات الاعيان ٣/ ١٣ - ١٧ ،تذكرة الحفاظ ٣/ ١١٤٦ ،١١٥٥ . الأعلام ٥/ ٥٩ .

عند الشافعية[١] أنها لا تصح لأنه يشترط في الموصي أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون بالغا حرا عاقلا ، فلا تصح وصية الصبي ولو أذن له بالتجاره ، غير أن الحنفية صححوا وصية الصبي المميز اذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ، ودفنه بشرط مراعاة المصلحة .

وأما المالكية[٢] ، فقد ذهب فريق منهم الى صحتها مطلقا من الصبي المميز ، في حين ذهب فريق آخر منهم ، الى صحتها ان كانت بقربة ولم يكن في كلامه اختلاط ، لأن ذلك علامة على نضج عقله ، وهو القول الآخر عند الشافعية[٣] .

وأما الحنابلة[٤] ، فقد صححوا وصية الصبي المميز اذا جاوز عشر سنين ووافقت وجه الحق[٥] ، أما اذا لم يجاوز عشر سنين فعندهم روايتان ، أصحها أنها تصح ، والأخرى أنها لا تصح[٦] .

---

(١) المجموع للمطيعي ١٥/ ٤٠٥ ، وعقد الوصية ٣٩ ، وحواشي تحفة المحتاج ٧/ ٤ ، وروضة الطالبين ٦/ ١٩٦ .

(٢) المدونة ٦/ ٣٣ ، والخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٨ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٦/ ٣٦٥ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦/ ٤١ ، والمجموع شرح المهذب ١٥/ ٤٠٥ .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٥٢٧ .

(٥) والمراد بذلك ، يعني اذا أوصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه والا فلا ، وفي ذلك يقول شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان : " من أصابه الحق أجزنا وصيته " المصدر السابق ، وهناك روايتان أحداهما لا تصح حتى يبلغ ، والثانية انها تصح وصيته اذا عقل ، المصدر نفسه .

(٦) وفي ذلك يقول أبو بكر : " لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ، ومن له دون السبع لا تصح وصيته ، وما بين السبع والعشر فعلى
==

الأدلــة والمناقشــة

استدل من قال بصحة الوصية من الصبي المميز بما يأتي : -

أولا : بما روى مالك في موطئه (١) عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب ان غلاما يفاعا (٢) لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له الا ابنة عم له ، قال عمر بن الخطاب فليوص لها ، قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم ، قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم ، وابنة عمه التى أوصى لها هى أم عمرو ابن سليم الزرقي " .

وروى مالك هذا الأثر بوجه آخر عن طريق يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينه ووارثه بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت أفيوصى قال فليوص ، قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن

== روايتين " وقال ابن أبي موسى : " لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا اجازته قولا واحدا " . ينظر المصدر السابق ، والانصاف ٧/ ١٨٦ .

(١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٢/ ٢٢٩ ، وقد روى الدارمي في سننه ايضا هذا النص عن طريق يحيى أن أبابكر بن محمد بن عمرو بن حزم ثم ساق الأثر بمثل ماذكر . ينظر : سنن الدارمي ٢/ ٤٢٤ .

(٢) (يفع) يقوم على ثلاثة حروف أصول هى الياء والفاء والعين ، وهى أصل واحد يدل على الارتفاع كما قال بذلك ابن فارس ، ولهذا فانه يقول بعد ذلك : " فاليفاع : ما علا من الأرض ، ومنه يقال : أيفع الغلام اذا علا شبابه فهو يافع لا موفع " ويقول الفيروز ابادى : " ويفع ==

عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة قال فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين الف درهم .. " فقد أجاز عمر - رضي الله عنه - وصيته وقد أشتهر فعله هذا بين الصحابة فلم ينكر عليه أحد .

وبما ورد عن عثمان (١) و(٢) أنه أجاز وصية غلام عمره احدى عشرة سنة .

== الجبل كمنع صعده ، والغلام راهق العشرين كأيفع وهو يافع لا موفع ، واليافعات من الأمور ماعلا وغلب منها فلم يطق ومن الجبال الشمخ ، والميفعة الشرف من الأرض .

ينظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/ ١٥٧ ، مادة (يفع) والقاموس المحيط للفيروز ابادى ٣/ ١٠٢ مادة (اليفع) .

(١) والمراد به أمير المؤمنين أبو عمرو ، وقيل أبو عبد الله عثمان بن عفان ابن ابي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي الأموى ، يجتمع مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في عبد مناف ، وهو ثالث الخلفاء الراشدين ، ومن كبار فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم ، فقد روى سهل بن أبي خيثمة أنه كان من المفتين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان أبو بكر - رضي الله عنه - اذا نزل به أمر يريد فيه مشاورة أهل الرأى والفقه دعا رجالا من المهاجرين والانصار دعا عمر وعثمان وعليا .. وقد مضى أبو بكر على ذلك ثم ولي عمر رضى الله عنه ، فكان يدعو هؤلاء النفر ، وروى ابن عون عن ابن سيرين قال : " كانوا يرون أعلم الناس بالمناسك عثمان بن عفان ، ولأنه ما من حادثة حدثت في الفرائض وغيرها الا وله فيها قضية مرضية وحكومة ماضية .

قتل رضي الله عنه يوم الجمعة في ذى الحجة سنة خمس وثلاثين ، وهو صائم ، قال الواقدى : كان ابن اثنتين وثمانين سنة ، وقال قتادة : ابن تسع أو ثمان وثمانين ، وكانت خلافته اثنتي عشرة سنة الا أيام . انظر : طبقات الفقهاء ص ٤٠ - ٤١ .

(٢) انظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/ ٤٣١ .

ونوقش هذا الدليل : بأن هذا الأثر محمول على أن الصبى المميز كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ماكان عليه ،= ولهذا لم يستفسر عمر -رضى الله عنه - عن وصيته هل هى فى القرب أو غيرها = وأنه كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير .

ويحتمل أن وصية الغلام كانت فى تجهيزه وأمر دفنه ،وذلك جائز عند الحنفية[١] ،ولهذا يقول الطحاوى[٢] فى تقوية رأى[٣] الحنفية : " ان الاحتجاج بهذا الأثر المروى عن عمر - رضي الله عنه - لا يصح من الشافعي - على أحد توليه بصحة الوصية من الصبي - لأنه مرسل ،اذ هو من رواية عمرو بن سليم ،وهو لم يدرك عمر،

(١) انظر : حاشية بن عابدين ٦/ ٦٥٧ ،وتبيين الحقائق ٦/ ١٨٥ .

(٢) الطحاوى هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامه الطحاوى ،من أكابر فقهاء الحنفية ،انتهت اليه رياسة أصحاب أبي حنيفة بمصر ،ولد سنة ثمان وثلاثين ومائتين ،وأخذ العلم عن أبى جعفر ابن أبي عمران ،وعن أبى حازم وغيرهما ،وكان شافعيا يقرأ على أبى ابراهيم المزني فقال له يوما : " والله لا جاء منك شئ" فغضب أبو جعفر من ذلك فانتقل الى ابي جعفر ابن أبى عمران . فلما صنف مختصره قال : رحم الله أبا ابراهيم لوكان حيا لكفر عن يمينه " .
له تصانيف منها اختلاف العلماء ،والشروط ،وأحكام القرآن ،ومعاني الآثار ،توفي سنة ٣٢١ هـ .
انظر : طبقات الفقهاء ص ١٤٢ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٥٧ ،فقد اقتبسه .

والمرسل لا يحتج به الشافعي الا بشروط ، ويقول[1] ابن حـــزم: " وأما قولهم : انه فعل عمر بحضرة الصحابة - رضي الله عنهم - ومثله لا يقال بالرأى فلا حجة فى أحد دون رسول الله - صلـى الله عليه وسلم - ، ثم انها لا تصح عن عمر ، ولا عن ابن مسعـود[2] لأن أم عمرو بن سليم مجهوله ، وعمرو بن سليم لم يدرك عمـــر ، ولا يدرى من رواه عن ابن مسعود ، وقد خالفهما[3] ابن عبــاس، اذ لم يجز وصية الصبي حتى يحتلم ، ثم قال ابن حزم[4] بعد ذلك هو مخالف لقوله تعالى[5] : " وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغـــوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم " فهـــذه الآية دلت على أن الصبي ممنوع عن ماله حتى يبلغ ، فصح أنـــه لا يجوز له حكم فى ماله ، وتخصيص الوصية فى ذلك خطأ وأما ما نسب الى عثمان فلعله كان عن اجتهاد منه ، وكذلك ما نسب الى عمر على فرض صحته .

---

(١) المحلى لابن حزم ٩/٤٠٥ .

(٢) اذ روى مالك عن طريق ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن عبد اللـــه ابن مسعود أن عمر أجاز وصية الصبي ، وقال ابن مسعود : " مـــن أصاب وجه الحق اجزناه " .
انظر : المدونة الكبرى للامام مالك ٦/٣٣ .

(٣) انظر : المحلى لابن حزم ٩/٤٠٣ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) سورة النساء آية (٦) .

واستدلوا ثانيا : لصحة وصية الصبي المميز : بأن الوصية لا تزيل ملك الصبي فى الحال وفيها نظر ومصلحة له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ،واذا لم تنفذ الوصية يبقى ماله ملكا لغيره فكانت الوصية أولى ،ولأن الوصية أخت الميراث ،والصبي فى الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا فى الوصية[(١)] .

ونوقش هذا الدليل : بأن الصبي بتركه المال على ورثته يحرز الثواب فلا يتعين النفع بالوصية ،ولأن الصبي اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز وصيته لعدم أهليته وقت المباشره، وكذا لا تجوز اذا قال اذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية ،لأنه ليس بأهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما فى الطلاق[(٢)] .

وحجة القائلين بعدم صحة الوصية من الصبي المميز : أن الوصية تبرع ،والصبي المميز ليس أهلا له ،فلا تصح منه كالهبة والصدقة، وذلك لأن المعتبر فى النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال ،بدليل عدم وقوع طلاقه ،وان كان متضمنا نفعا فى بعض الأحوال = فانه لا يملكه ولا وصيه ،ولأن قوله غير ملزم ،لقصور أهليته ،وتصحيح وصيته يؤدى الى القول بأن قوله ملزم[(٣)] ،وذلك مخالف لقوله[(٤)] صلى الله عليه وسلم :

---

(١) تبيين الحقائق ٦/١٨٥ .

(٢) المصدر السابق . وانظر : الهداية شرح بداية المبتدى ٤/ ٢٣٤ .

(٣) تبيين الحقائق ٦/١٨٥ ،وانظر : الهداية ٤/ ٢٣٤ .

(٤) وتمامه : " عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ،وعن النائم حتى يستيقظ ،وعن الصبي حتى يحتلم " ودرجته صحيح السند من =

" رفع القلم عن ثلاثة " والوصية عقد ،فتأخذ حكمها كسائر العقود الأخرى .

وبالموازنة بين الرأيين ، نميل الى ترجيح القول بعدم صحة الوصية من الصبي المميز من جهة أن الوصية انما جازت وشرعت لسد ما توجبه الضرورة ،أو للوفاء بما تقتضيه الحاجة من استدراك المكلف ما عسى أن يكون قد فاته في حياته من واجبات،أو تنفيذ ما يرغب فيه من بر وصلات ،والصبي لا يزال في مقتبل حياته فليس بسبيل من أن يفوته شيء من ذلك ،ولذلك فانه لا موجب لاستثنائها من التبرع الذى منع منه[1] .

مسلك قانون الوصية المصرى .

أما قانون الوصيه المصرى فانه لم يجز وصية من لم تبلغ سنه ثماني عشرة سنة شمسية ،فاذا بلغها جازت وصيته باذن المجلس الحسبى ،جاء ذلك صريحا في المادة الخامسة[2] منه ونصها :

" يشترط للموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه اذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسبى " .

== رواية عائشة ـ رضي الله عنها ـ . ينظر الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير ٢ / ٢٤ ،وقد روى الدارمي في سننه بمثل هذا اللفظ ينظر الجزء ٢ / ١٧١ ،من كتاب الحدود .

(١) عقد الوصية ٣٩ ،وانظر : شرح قانون الوصية ص ٦٠ .

(٢) شرح قانون الوصية ٢٧٤ .

هذا ومن المقرر قانونا أن الوصايـة أو الولاية على المال تنتهـى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا رأى المجلس استمرارهـا .

ومن هنا : يلاحظ أن قانون الوصية المصرى ، قد وافق مذهـب الحنفية فى بعض ماذهب اليه دون البعض الآخر ، فقد وافقـه فى اشتراط أهلية التبرع ، ولكنه قيدها بالأهلية القانونية ، فـى حين خالفه فى عدم جواز وصية من لم يبلغ سنه الثامنة عشـرة أو بلغها ، ولم يأذن له المجلس الحسبي[١] .

....

---

(١) المصدران السابقان .

وصيـــــة السكـــران :

اختلف الفقهاء في حكم وصية السكران حال سكره على قولين :

الأول : أن الشخص اذا سكر ، وأوصى في حال سكره ، فاما أن يكون قد سكر بمحرم ، وفي هذه الحال ، وصيته تعتبر صحيحة ، كما لو طلق حال سكره ، بمحرم فانه يقع طلاقه عقوبة له وتغليظا عليه فكذلك الوصية حال السكر ، واما أن يكون قد سكر بمباح كما لو شرب السكر للتداوي ، أو كان سكره من البنج ، وفي هذه الحال وصيته باطله ، كما لو طلق حال سكره بمباح ، فان طلاقه لا يقع ، لانعدام اختياره ، وفقدان ارادته ، وبهذا قال الحنفية[١] والشافعية[٢] .

ففي تبيين الحقائق للزيلعي[٣] : " ... ولأنه زال عقله بسبب هو معصيه ، فيجعل باقيا زجرا له بخلاف ما اذا زال بالمباح حتى لو صدع رأسه وزال عقله بالصداع ، لا يقع طلاقه " .

وفي نهاية المحتاج[٤] " ويشترط لنفوذ الطلاق التكليف (الا السكران)

---

(١) تبيين الحقائق ٢ / ١٩٦ من كتاب الطلاق ، وانظر : الوصية ٤٤ .

(٢) نهاية المحتاج ٦ / ٤١٤ من كتاب الطلاق ، وانظر : الوصية ٤٤ .

(٣) انظر الجزء الثاني ص ١٩٦ ، وقد نقل الزيلعي أن الكرخي والطحاوي ، قد اختارا عدم وقوع طلاق السكران ، حال سكره بمحرم ، لأنه لا قصد له كالنائم ، وذلك لأن شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات وهما بذلك قد وافقا جمهور المالكية والحنابلة وابن حزم ، المصدر نفسه .

(٤) انظر الجزء السادس ص ٤١٤ .

وهو من زال عقله بسكر تعديا ،وشمله كل من زال عقله بما أثم به من نحو شراب أو دواء ،فانه يقع طلاقه مع انتفاء مخاطبته حال السكر ،لعدم فهمه الذى هو شرط التكليف ونفوذ تصرفاته له وعليه .. "

الثاني : أن الشخص اذا سكر ،وأوصى فى حال سكره ،فوصيته باطلة مطلقا ،لأنه فى هذه الحال غير عاقل ،ولا تمييز عنده أشبه المجنون ،وبهذا قال المالكية[1] ،والحنابلة[2] ،وابن حزم[3] ،وهو اختيار الكرخي والطحاوى من الحنفية[4] .

وبهذا العرض لأقوال الفقهاء ،ازاء تلك المسألة نجدهم قد اتفقوا على بطلان انشاء الوصية حال السكر اذا كان بمباح .

وانما استثنى الحنفية والشافعية من كان سكره بمحرم حيث صححوا وصيته بناء على وقوع طلاقه اذا كان سكره بمحرم عقوبة له وتغليظا عليه ،فكذلك حال الوصية اذا أنشأها وهو فى حالة سكر محرم .

---

(١) انظر : الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٨ .

(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٥٢٩ ،وقد نقل صاحب الانصاف فى هذه المسألة وجهين : أحدهما : لا تصح وصيته ،وقال أن هذا هو الصحيح من المذهب ،والوجه الثاني ،تصح وصيته . انظر : الانصاف ٧/ ١٨٧ ،وانظر : كشاف القناع ٤/ ٣٣٦ .

(٣) انظر : المحلى ٩/ ٢٤ ،تحت مسألة : " ولا يجوز بيع من لا يعقل لسكر أو جنون ولا يلزمهما .

(٤) انظر : تبيين الحقائق للزيلعي ٢/ ١٩٦ من كتاب الطلاق .

وبما أن الرأى المختار فى تلك المسألة - أعنى مسألة الوصية حال السكر بمحرم - لا يتضح الا بايراد ما استدل به الفريقان لما ذهبا اليه فى مسألة طلاق السكران ، اذ أنها تعتبر أساسا فى الخلاف المشار اليه ، لذا فانه من المناسب عرض ما استدلوا به لمذهبهم ، ومناقشته = حتى ننتهى كما قلنا الى الرأى الذى نراه راجحا على غيره وذلك على الوجه الآتي بيانه .

الأدلة والمناقشة

استدل من قال بوقوع طلاق السكران حال سكره بمحرم بما يأتي : -

أولا : بقوله تعالى[١] : " ياأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلمو ما تقولون " .

فدل على أنه مكلف فوجب نفوذ تصرفه .

ونوقش هذا الدليل بأن الاجماع[٢] منعقد على أن شرط التكليف العقل ، ومن لا يعقل ما يقول فليس بمكلف ، فبطل القول بتكليفه وايضا لو كان مكلفا لوجب أن يقع طلاقه اذا كان مكرها على شرب الخمر أو غير عالم بها وهم لا يقولون به[٣] .

---

(١) النساء آية ٤٣ .

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٤ / ٤٠ .

(٣) فقد جاء فى حاشية الشلبي ما نقله الكمال عن علماء الحنفية فيمن شرب الخمر مكرها أو لإساغة لقمة هل يقع طلاقه أو لا ؟ وقد اختار ما ذهب اليه الأئمة الثلاثة وبعض مشائخ الحنفية من أنه لا يقع طلاقه فقال : "والأول أحسن ، لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب فى زواله ==

وأما خطابه[1] فيجب حمله على الذى يعقل الخطاب ،أو على الصاحي ،وأنه نهى عن السكر اذا أراد الصلاة ،وأما من لا يعقل فلا يؤمر ولا ينهى ،وأما الزامه بجناياته فمحل نزاع لا محل اتفاق[2] ،وبهذه المناقشة يصبح هذا الدليل سندا للقائلين بعدم وقوع طلاق السكران .

ثانيا : وبأنه زال عقله بسبب هو معصيه ،فيجعل باقيا زجرا وعقوبة له .

ونوقش هذا الدليل بأن ايقاع الطلاق به عقوبة له غير سديد ،فان فى اقامة الحد عليه عقوبة له ،وقد حصل رضي الله سبحانه وتعالى من هذه العقوبة بالحد ،وعلاوة على ذلك فان العقوبة بالطلاق والتفريق بين الزوجين غير معهود فى الشريعة

== بسبب محظور وهو منتف ،تبيين الحقائق مع حاشية الشلبى ٢/١٩٦ .

(١) انظر : زاد المعاد لابن القيم ٤/٤١ .

(٢) فقد قال عثمان التيمى : "لا يلزمه عقد ولا بيع = لأن السكران لا يدرى ما يقول ، والبيع قول أو ما يقوم مقامه ممن لا يقدر عليه ، ممن به آفة من الخرس أو بفمه آفة ،ومن لا يعي ما يقول لم يبع شيئا ولا اشترى شيئا = وكذلك لا يلزمه حد الا حد الخمر فقط، وهذه احدى الروايتين عن احمد أنه كالمجنون فى كل فعل يعتبر له العقل ، والذين اعتبروا افعاله دون اقواله فرقوا بفرقين أحدهما ان اسقاط افعاله ذريعة الى تعطيل القصاص اذ كل من اراد قتل غيره او الزنا أو السرقة أو الحرابه سكر وفعل ذلك فيقام عليه الحد . . .

الثاني : أن الغاء اقواله لا يتضمن مفسدة لأن القول المجرد من غير العاقل لا مفسدة فيه بخلاف الأفعال ،فان مفاسدها لا يمكن الغاؤها ==

الاسلاميــــة[١].

ثالثا : وبأن ايقاع الطلاق به من باب ربط الأحكام بالأسباب ،فلا يؤثر فيه السكر[٢].

ونوقش هذا الدليل بأن ايقاع الطلاق بالسكر من باب ربط الأحكام بالأسباب غير صحيح ،فان هذا يوجب ايقاع الطلاق ممن سكر مكرها ،أو جاهلا بأنها خمر ،وبالمجنون والمبرسم والنائم،وايضا هل ثبت بأن طلاق السكران سبب حتى يربط الحكم به وهل الخلاف الا فيه[٣].

واحتج من قال بعدم وقوع طلاق السكران مطلقا بالآية السابقة وهي قوله تعالى : " ياأيها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " فجعل الله سبحانه قول السكران غير معتبر ،لأنه لا يعلم ما يقول[٤]،وقد سبق مناقشة ما وجه به الفريق الآخر هذه الآية . وبذلك تصبح دليلا لهؤلاء .

== اذا وقعت اذ فيه ضرر محض بخلاف اقواله ،ثم يقول ابن القيم بعد ما ذكر هذين الفرقين : " فان صح هذا الفرقان بطل الالحاق وان لم يصحا كانت التسوية بين أقواله وأفعاله متعينة " .
ينظر : المصدر السابق الجزء والصفحة نفساهما ،وينظر: المحلى لابن حزم ٩/ ٢٤ ،وينظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٢/ ١٩٦ ، ونهاية المحتاج ٦/ ٤١٤ .

(١) زاد المعاد ٤/ ٤١ .

(٢) زاد المعاد ٤/ ٤٠ ،وينظر : نهاية المحتاج ٦/ ٤١٤ .

(٣) زاد المعاد ٤/ ٤١ .

(٤) المصدر السابق

واحتجوا ايضا بما صح[١] عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر بالمقر بالزنا أن يستنكهه[٢] ليعتبر قوله الذى أقر به أو يلغى .

وبما رواه فى صحيح[٣] البخارى بسنده = فى قصة حمزة حينما عقر بعيرى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولفظه : " وقال علي " بقر[٤] حمزة خواصر[٥] شارفي[٦] ، فطفق النبي - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) رواه البخارى بسنده عن أبى هريرة - رضي الله عنه - قال : " أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فناداه فقال : " يارسول الله انى زنيت ، فأعرض عنه حتى رد د عليه أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات ، دعاه النبى - صلى الله عليه وسلم - فقال : أبك جنون ؟ قال لا قال فهل أحصنت ؟ قال نعم . فقال النبى - صلى الله عليه وسلم : اذهبوا به فارجموه الحديث انظر: صحيح البخارى بشرحه فتح فتح البارى ١٢/ ١٢١ - من كتاب الحدود .

(٢) هذه العبارة وردت زيادة فى حديث بريد بلفظ : " أشربت خمرا ؟ قال لا : " وفيه فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريحا " ومعنى استنكهه ، استشمه ، المصدر السابق ١٢٣ ، وانظر : صحيح مسلم ٣/ ٢٨، ٢٩ .

(٣) انظر : صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٩/ ٣٨٨ .

(٤) " بقره كمنعه أى شقه ووسعه . . . والبقير المشقوق كالمبقور . . " القاموس المحيط ١/ ٣٧٥ . مادة (البقره) .

(٥) خواصر جمع خاصره ، والخصر وسط الانسان ، وأخمص القدمين وما بين أصل الفوق والريش . . جمع خصور وبالتحريك برد . . . والخاصر الشاكله وما بين الحرفقه والقصيرى ، ومخاصر الطريق أقربها " المصدر السابق ٢/ ٢٠ مادة " الخصر " .

(٦) الشرف محركة العلو والمكان العالي .. ومن البعير سنامه جمع شرفا" واشراف و شرف محركة ، والشارف من السهام العتيق القديم ومن النوق المسنه الهرمه كالشارفه .. " المصدر السابق ٣/ ١٥٧ مادة " الشرف " .

يلوم حمزة فاذا حمزة ثمل[1] محمرة عيناه ،ثم قال حمزة : " وهل انتم الا عبيد لأبي ؟ فعرف النبى - صلى الله عليه وسلم - أنه قد ثمل ،فخرج وخرجنا معه " وهذا القول لو صدر من غير سكران لكان ردة وكفراً[2]، ولكن النبى -صلى الله عليه وسلم - لم يؤاخذ حمزة بهذا القول ،ولهذا يقول ابن حجر[3] : " وهو من أقوى أدلة الذى لم يؤاخذ السكران بما يقع منه فى حال سكره من طلاق وغيره " .

---

(١) ثمل كفرح ،والثمل محركة السكر .. " المصدر السابق ٣/ ٣٤٣ مادة (الثمله) .

(٢) انظر : زاد المعاد ٤/ ٤٠ .

(٣) وقد اعترض ابن المهلب بأن الخمر حينئذ كانت مباحة ،ولذلك فانه سقط عنه حكم ما نطق به فى تلك الحال ،وبسبب هذه القصة كان تحريم الخمر الا أن ابن حجر قد أجاب عن هذا الاعتراض من وجهين " حيث قال أما أولا : فان الاحتجاج من هذه القصة انما هو بعدم مؤاخذة السكران بما يصدر منه ،ولا يغير من الحال بين أن يكون الشرب مباحا أولا .

وأما ثانيا : -فدعواه أن تحريم الخمر كان بسبب قصة الشارفين ليس بصحيح ،فان قصة الشارفين كانت قبل أحد اتفاقا ،لأن حمزة استشهد بأحد ،وكان ذلك بين بدر وأحد عند تزويج علي بفاطمه ،وقد ثبت فى الصحيح أن جماعة اصطحبوا الخمر يوم أحد واستشهدوا ذلك اليوم ، فكان تحريم الخمر بعد أحد لهذا الحديث الصحيح " أ.هـ .

ينظر فتح البارى لابن حجر ٩/ ٣٩١ .

وبما رواه البخاري(١) عن عثمان بن عفان حيث قال : " وقال عثمان : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق " وبما قاله(٢) ابن عباس : " طلاق السكران والمستكره ليس بجائز " وقد رواه ابن أبي شيبة عن وكيع عن أبي ذئب عن الزهري عن أبان بن عثمان عن أبيه ، وقد قال بمثل ما قال به ابن عباس عطاء وابن طاووس والقاسم بن محمد(٣)

واحتجوا ايضا بما صح(٤) عن عمر(٥) بن عبد العزيز أنه أتي بسكران طلق

---

(١) انظر : صحيح البخاري مع شرحه فتح الباري ٩/٣٨٨ .

(٢) انظر : نفس المصدر .

(٣) انظر : نفس المصدر .

(٤) انظر : زاد المعاد ٤/٤٠ .

(٥) هو أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص ابن أميه الأموي .
مات سنة احدى ومائة ، وكانت خلافته سنتين وأشهرا ، وهو واحد من كبار فقهاء التابعين بالمدينة .
قال مجاهد : " أتيناه نعلمه فما برحنا حتى تعلمنا منه .
وقال ميمون بن مهران " كان العلماء عنده تلامذة .
وسأل رجل سعيد بن المسيب عن عدة أم الولد يموت عنها سيدها .
فقال : " سل هذا الغلام ، يعني عمر وهو أمير المدينة ، فسأله فقال : " حيضه " .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٤ .

فاستحلفه بالله الذى لا اله الا هو لقد طلقها وهو لا يعقل فحلف فرد اليه امرأته وضربه الحد .

قال ابن القيم(١) : " وهو مذهب يحيى(٢) بن سعيد الانصارى وحميد ابن عبد الرحمن ، وربيعة ، والليث(٣) بن سعد ، وعبد الله بن الحسن واسحاق بن راهويه وأبي ثور والشافعي فى أحد قوليه ، واختاره المزني(٤) وغيره من الشافعية ومذهب أحمد فى احدى الروايات عنه وهى التى استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه اليها ... فقد قال فى رواية الميمونى عنه : " وقد كنت أقول ان طلاق السكران

---

(١) انظر : زاد المعاد ٤/٤٠ .

(٢) يحيى بن سعيد هو : "أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الانصارى مات سنة ثلاث وأربعين ومائة ، وكان قاضيا لأبي جعفر .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٦ .

(٣) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن مولي قيس بن رفاعه ، وهو مولى عبد الرحمن بن خالد بن مسافر الفهمي ، وكان أصله من أصفهان ، ولد سنة اثنتين وتسعين ، وقيل سنة أربع وتسعين ، كما قال ذلك عن نفسه ، وهو المتيقن .
توفى في النصف من شعبان سنة خمس وتسعين ومائة .
وقد أخذ علمه عن ابن شهاب . أنظر : طبقات الفقهاء ص ٧٨ .

(٤) هو ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق المزنى مات سنة ٢٦٤ هـ بمصر ، وكان عالما زاهدا مجتهدا مناظرا محجاجا غواصا على المعاني الدقيقة . صنف كتبا كثيرة منها : الجامع الكبير . والجامع الصغير . ومختصر المختصر . والمنثور ، والمسائل المعتبره والترغيب فى العلم ، وكتاب الوثائق ، قال فيه الامام الشافعي " المزنى ناصر مذهبى " انظر : طبقات الفقهاء ص ٩٧ .

يجوز حتى تبينته فقلت على أنه لا يجوز طلاقه ،لأنه لو أقر لم يلزمه ولو باع لم يجز بيعه ،وقال وألزمه الجناية ،وما كان من غير ذلك فلا يلزمه " قال أبو بكر عبد العزيز وبهذا أقول وهذا مذهب أهل الظاهر كلهم ،واختاره من الحنفية أبو جعفر الطحاوى وأبو الحسن الكرخي " .

وبالموازنة بين الرأيين وأدلتهما يتضح لنا قوة رأى الحنابلة والمالكية وهو ما اختاره ابن القيم وابن حزم الظاهرى ،وهو القول ببطلان وصية السكران مطلقا ،وذلك لأن من يقول بتصحيح وصية السكران حال سكره بمحرم ،انما بنى ذلك على وقوع طلاقه حين سكره بمحرم تغليظا عليه لارتكابه المعصية ،وذلك لا يتعدى الى وصيته ،فانه لا ضرر عليه ،انما الضرر على وارثه .(١)

---

(١) وفى ذلك يقول ابن قدامه : " وأما ايقاع طلاقه ،فانما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا الى وصيته فانه لا ضرر عليه فيها انما الضرر على وارثه ،انظر : المغنى والشرح الكبير ٥٢٩/٦ ،ويقول ابن حزم : " مسئله - ولا يجوز بيع من لا يعقل لسكر أو جنون ولا يلزمهما لقول الله تعالى :" لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون "
فشهد عز وجل بأن السكران لا يدرى ما يقول ،ثم يقول بعد ذلك " وأجازه قوم ولا نعلم لهم حجة أصلا اكثر من أن قالوا : هو عصى الله تعالى عز وجل وأدخل ذلك على نفسه فقلنا نعم وحقه على ذلك الحد فى الدنيا والنار فى الآخرة الا أن يغفر الله تعالى له وليس ذلك بموجب الزامه حكما زائدا لم يلزمه الله تعالى اياه . وهم لا يختلفون فى سكران عربد فوقع فانكسرت ساقه ،فان له من الرخصة فى الصلاة قاعدا كالذى لمن أصابه ذلك فى سبيل الله تعالى ولا فرق ... " انظر المحلى : ٢٤/٩

وايضا الزام السكران بوقوع طلاقه عقوبة له على سكره لا وجه له من حيث ان الشارع حدد للسكر عقوبة هى الجلد ،واضافة عقوبة أخرى عليها لا معنى لها وفوق ذلك ،فان ايقاع طلاقه عقوبة له على سكره ،لم تكن لتقتصر عليه وحده ،ولكن تتعداه الى زوجته وأولاده ،وفى هذا من الضرر ما يفوق تلك العقوبة لاسيما وأن الأصل فيه المنع والحظر ،اذ هو : " أبغض الحلال الى الله ،فتشريعه استثنائي ،فيجب أن يقتصر فيه على محل الضرورة ،ولا يتوسع[1] .

فمن هنا يتضح لنا أن القول بعدم وقوع طلاق السكران هو القول المتفق مع العقل الموافق للأصول ،ويتبع ذلك صحة القول ببطلان وصية السكران .

وبما أخذنا به ،فقد أخذ به قانون[2] الوصية المصرى ،فقد الغى وصية السكران مطلقا .

*** *** ***

---

(١) وبما أخذنا به من القول بعدم وقوع طلاق السكران ،فقد أخذ به قانون حقوق العائلة اللبناني فقد نص فى المادة (١٠٤) على أن " طلاق السكران غير معتبر " كما نص فى المادة (١٠٢) على أن : " الزوج المكلف أهل للطلاق ،والتكليف انما هو بالبلوغ والعقل ،فقد جمعت هذه المادة الشرطين اللذين اشترطهما الفقهاء فى المطلق الذى يقع طلاقه ،كما ان الذى جرى عليه العمل فى جمهورية مصر العربية عدم وقوع طلاق السكران ،ينظر : الزواج والطلاق فى الاسلام للدكتور/بدران ٣١٥ .

(٢) ينظر : الوصية للبرديسي ٤٤ .

المبحث الثانـــي

الرشد وصية السفيه وذى الغفلـة

معنى الرشد في اللغة :

رشد[1] ،كنقسر ،وفرح رشدا ورشدا ورشادا اهتدى كاسترشـــد ، وأرشده الله ،والرشد الاستقامة على طريق الحق مع تصلب فيه ،والرشيد في صفات الله تعالى الهادى الى سواء الصراط والذى حســن تقديره فيما قدر ... " .

معنى الرشد فى الاصطلاح :

اختلفت أقوال السلف فى تفسير[2] الرشد ،فقال مجاهد هــو العقل ،وقال قتادة هو الصلاح فى العقل والدين ،وقال ابن عباس هو الصلاح فى الأموال ،ولذلك يقول ابن جرير بعد أن ساق أقــوال السلف فى تفسير الرشد : " وأولى هذه الأقوال عندى فى معــنى الرشد (العقل واصلاح المال) لاجماع الجميع على أنه اذا كــان كذلك لم يكن ممن يستحق الحجر عليه في ماله ،وحوز ما في يده عنه وان كان فاجرا فى دينه " .

وما اختاره الطبرى هو الذى أرشدت اليه الآية الكريمة ،ودلـــت عليه بطريق الاشارة فان لفظ الرشد في قوله تعالى[3] :" فان انســتم منهم رشدا " جاء منكرا ،أى نوعا من الرشد ،وهو حسن التصــرف

---

(١) انظر: القاموس المحيط ١/ ٢٩٤ مادة (رشد) .

(٢) انظر : جامع البيان للطبرى ٤/ ٢٥٣ .

(٣) النساء آية : ٦ .

في شئون المال ،فدل ذلك على أن المقصود الرشد الذى ينافي الاسراف في المال ،وفي ذلك يقول الصابوني[1] : " فما اختاره ابن جرير قوى من هذه الوجهة .... " .

هذا : وبعد أن تبين لنا معنى الرشد في اللغة والشرع ،نقول هل الرشد شرط لصحة الوصية ،فلا تصح وصية غير الرشيد للسفه أو لغيره ؟ للاجابة عن ذلك نقول :-

ان الفقهاء الأربعة : أبو حنيفة[2] ،ومالك[3] ،والشافعي[4] ،واحمد[5] اتفقوا على عدم اشتراط الرشد لصحة الوصية ،ولذلك أجازوا

---

(١) انظر : روائع البيان تفسير آيات الأحكام ١/ ٤٤١ .

(٢) يقول ابن عابدين : " واعلم أن الحجر عند أبي حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة ،وعند هما يجوز بغير الفسق ... الا في وصاياه بالقرب من الثلث فهو كبالغ ... " فعند أبي حنيفة تجوز وصية المحجور عليه للسفه ،والغفلة وعند الصاحبين لا تجوز الا في الطاعات والقرب في حدود الثلث . ينظر حاشية ابن عابدين ٦/ ١٤٧ ومابعدها .

(٣) المدونة الكبرى ١٥/ ٣٢ ،٣٣ ،والخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٩٨ ، ومواهب الجليل ٦/ ٣٦٤ .

(٤) وهناك قول آخر عند الشافعية بعدم صحة وصية السفيه ،لكن المعتمد هو الصحة . أنظر : المجموع ١٥/ ٤١ ،وشرح روضة الطالب ٣/ ٤٩ ، وحاشيتي قليوبي وعميرة ٣/ ١٥٧ ،ونهاية المحتاج ٦/ ٤٠ .

(٥) ففي المغني والشرح فأما المحجور عليه لسفه ،فان وصيته تصح في قياس قول احمد ،قال الخيرى ،وهو قول الأكثرين ،وقال ابوالخطاب في وصيته وجهان ،وقد صحح صاحب الانصاف وصيته ،وقال عنه أنه هو المذهب ،وعليه جماهير الأصحاب، وجزم به في الوجيز وغيره ...
==

وصية السفيه[1] والمغفل ،وذلك لأن الوصية وان كانت تبرعا ، الا أن أثرها لا يظهر الا بعد الموت ،وأن المعنى الذى ثبت بموجبه الحجر عليهما = وهو الخوف من اضاعة المال غير موجود فى الوصية لأنهما ان عاشا فهو لهما ،وان ماتا لم يحتاجا الى غير الثواب ،وقد تحقق لهما ذلك بالوصية ،وهما صحيحا العبارة بدليل قبول اقرارهما بالعقوبة ،ونفوذ الطلاق ،بل انهما لومنعا من الوصية لكان الحجر لحق غيرهما وهو الوارث ،فى حين أن الوارث قد حفظ الشارع حقه ،وذلك بمنع تنفيذ الوصية بأكثر من الثلث الا باجازته .

واذا كان كل من السفيه ،والمغفل مكلفا بالعبادات والطاعات لأنهما كاملا الأهلية وقد يفوتهما أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج ،فمن حقهما أداء ذلك الحق عن طريق الوصية[2] لدخولهما فى الخطاب العام : " ان الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم[3] "

== وقال عن الوجه الثاني انه ضعيف ... " انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٥٢٩ ،وانظر : الانصاف ٧/١٨٥ .

(١) السفيه مأخوذ من السفه ويراد به تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى العقل والشرع ،والمغفل منسوب الى التغفيل " هو من لا يهتدى الى التصرفات الرائجة بطريقة سليمة ،فيغبن فى البياعات لعدم فطنته وسلامة نيته ،وطيبة قلبه .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) وتمامه : " عند وفاتكم ،زيادة فى حسناتكم ،ليجعلها لكم زكاة فى أعمالكم " . رواه الدارقطنى بسنده عن النبى صلى الله عليه وسلم انظر : سنن الدارقطنى ٤/١٥٠ .

ولذا فان الحنفية[١] اشترطوا لصحة تلك الوصية أن تكون فى القرب، ووجوه البر ،لأنها ضرب من العبادة ،والعبادة منهما صحيحة، لصحة عبارتهما ،وذلك على وجه الاستحسان[٢] ، وأما قياسا فانهما لا تجوز كتبرعاتهما ،وكما لو كانت وصيتهما فى غير قربه فانهما لا تنفذ ،فى حين أن غيرهم من الفقهاء سوى بين القربات وغيرها ولم يقيدوا وصيتهما بشئ .

وكما أن الفقهاء اتفقوا على عدم اشتراط رشد الموصي لصحة الوصية وقت انشائها ،فانهم متفقون كذلك على بقائها صحيحة فيما لو أنشأ وصيته وهو رشيد ،ثم عرض له الحجر لسفه أو غفله ولو اتصل الحجر بالموت ،وذلك لأن الحجر للسفه أو الغفلة لا يزيل أهليته ،ولا يمنع من الرجوع فى الوصية لو أراد ذلك والا فانها تبقي صحيحة ،وتنفذ بعد وفاته[٣] من الثلث .

---

(١) انظر : حاشية بن عابدين ١٤٩/٦ .

(٢) وذلك عند صاحبي أبى حنيفة أبو يوسف ومحمد ،فانهما قالا بالحجر على السفيه وذى الغفلة ،ووجه الاستحسان : أن الحجر عليهما للمحافظة على مالهما ،كي لا يتلف ويبقيا كلا على غيرهما ، وذلك فى حياتهما لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاتهما حال استغنائهما ، وذلك اذا وافق وصايا أهل الخير والصلاح كالوصية بالحج أو للمساكين ،أو بناء المساجد والأوقاف ،والقناطر والجسود ،وأما اذا كانت فى غير القرب فانها لا تنفذ .
انظر : المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق ،وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ٥٩ .

مسلك قانون الوصية المصرى :-

أما قانون الوصية المصرى فقد خالف الفقهاء الأربعة فاشترط لصحة الوصية رشد الموصي فى حين أنهم لم يشترطوا ذلك فأجازوا وصية السفيه والمغفل كما قدمنا .

الا أن القانون على الرغم من اشتراطه ذلك الشرط - وهو الرشد - فانه لم يجعله لازما فى جميع صور الوصية ،فقد استثنى العاقل المحجور عليه لسفه أو غفلة ،والعاقل غير المحجور عليه الذى بلغ من العمر ثماني عشرة سنه شمسية ،فأجازوصيتها اذا أذنت المحكمة الحسبية بذلك ،فقد ورد ذلك صريحا فى المادة الخامسة[1] : " يشترط للموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه اذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسبي " .

لكن القانون بهذا التقييد[2] = وهو استئذان المحكمة الحسبية= قد يفوت على السفيه أو المغفل مصلحته فى الايصاء اذا كان فى مرضه الأخير ،أو فى سفر بعيد لخير يبتغيه من وراء ذلك لأنه وقع فى وقت لا مجال فيه للاستئذان .

لذلك فانه لا مبرر لهذا التقييد الذى اشتمل عليه القانون ،ومن ثم فان ما ذهب اليه الفقهاء الأربعة من عدم اشتراط الرشد

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٤ .

(٢) انظر : المصدر السابق ٥٧، ٥٩، ٦٠، ٦١ .

في الموصي هو الأولى ،لأن الحجر انما ثبت في حق المحجور عليه لصيانة ماله ، وللمحافظة على شخصه من الضياع ،وذلك لا يتنافى مع الوصية ،لكونها لا تنفذ الا بعد موته ،في دائرة الثلث .

على أنه يمكننا أن نسلك طريقا وسطا نوفق به بين رأى الفقهاء ورأى القانون . فنقول اذا أنشأ المحجور عليه لسفه أو غفلة وصيته فان كانت في سبيل الخير والبر فهي نافذة عند الجميع ،وأما ان كانت في غير سبيل الخير فان للمجلس الحسبى ابطالها .

فهذا توسط حسن ،نتقي به ضرر الافراط في التمسك بالاذن ،كما هو رأى القانون ، وتحقق به غرض الفقهاء وشرطهم ،وهو عدم جواز الوصية الا اذا كانت في سبيل لا شر فيه ، وبه نأخذ .

هذا : وبعد أن عرفنا مخالفة القانون للفقهاء في مسألة اشتراط الرشد لصحة الوصية عند انشائها ،نقول انه قد اتفق معهم على بقاء الوصية صحيحة فيما لو أنشأ الموصي وصيته وهو رشيد ثم عرض له الحجر لسفهه أو غفلته ،فانها تبقى صحيحة ما لم يرجع عنها قبل وفاته .

جاء ذلك صريحا في مادته السادسة عشرة (١) ونصها :

" لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة "

---

(١) انظر : المصدر السابق ٢٧٥ ،وانظر : الوصية للبرديسى ٤٠/ ٤١

المبحث الثالث

الاسلام

وفيه مطالب :

المطلب الأول : وصية الذمي .

المطلب الثاني : وصية المستأمن .

المطلب الثالث : وصية الحربي .

قبل بيان تلك المطالب يحسن بنا أن نوضح هل الاسلام شرط لصحة الوصية أم لا ؟ فنقول :-

لا يشترط في الموصي أن يكون مسلما ،وذلك لأن المقصود من الوصية في الأصل أنهما صلة يصل بها الموصي قريبا له أو عزيزا عليه أسدى اليه في حياته معروفا ،أو تدم له جميلا ويريد بذلك أن يكافئه ،أو قربة يتقرب بها الانسان الى ربه .

لأجل ذلك فانه - لا يشترط لصحتها كون الموصي مسلما- فتصح من المسلمين ومن غيرهم ،لكنها اذا صدرت من غير المسلم فان لها أحكاما خاصة.(١)

وذلك لأن غير المسلم اما أن يكون مقيما في دولة اسلامية اقامة دائمة ومتجنسا بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها فهذا يسمى "ذميا" واما أن يكون قد دخل دار الاسلام بأمان ليقيم فيها مدة محددة

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٩/ ٤٨٤٨ ،ونتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/ ٤٩٢ .

من غير اكتساب جنسية ولا رعوية ،وهذا يسمى " مستأمنا " .

واما أن يكون فى بلاد الحرب الذى ليس بينها وبين دار الاسلام عهد ولا أمان ،وهذا يسمى " حربيا[1] "،وفي ذلك يقول الكاساني[2] : " وأما اسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته ،فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم،والذمي في الجملة ،لأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك ألا ترى أنه يصح ببيع الكافر وهبته فكذا وصيته ،وكذا الحربي المستأمن اذا أوصى للمسلم أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا ... "

وحيث تبين لنا مما تقدم عدم اشتراط اسلام الموصي ،وبما أن وصايا غير المسلمين تختلف فى بعض حالاتها عن وصايا المسلمين مما يستوجب معه بيان تلك الوصايا فى المطالب التالية : -

... ...

المطلب الأول : وصية الذمي

اذا أوصى الذمي بوصايا وكانت من قبيل التملك والصلات الشخصية ،فانها تكون كوصايا المسلم ،في حكمها فى أنه لو أوصى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته فان ذلك لا ينفذ الا بعد الاجازة من قبل الورثة ،لأنه التزام بحكم الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصي لغير ملته فانه يجوز اعتبارا بالارث ،اذ الملل غيرالاسلام واحده ،وفى ذلك يقول فى شرح الهداية[3] : " ولو أوصي الذمي

---

(١) الوصية : ٤١ ومابعدها .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٨ .

(٣) انظر : الهداية شرح بداية المبتدى لأبي الحسن المرغيناني ٤/٢٥٧

بأكثر من الثلث ،أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين ،لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات، ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث ،اذ الكفر ملة واحدة " .

وفي المغني[١] : " ولو أوصى لوارثه أو لأجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء " فاذا أوصي الذمي لأحد أقاربه أو أصدقائه غير الذميين جازت وصيته ،ولو كان الموصى له غنيا[٢].

أما اذا أوصى بوصايا ،وكانت تدخل فى باب القربات فهى تنقسم أربعة أقسام :-

الأول : - أن يوصي بما هو قربة فى حقنا وحقهم ،كما اذا أوصي أن يسرج فى بيت المقدس ،من ماله بعد موته ،أو أوصي بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة ،ونحو ذلك ،جاز بالاتفاق سواء كانت الوصية لقوم معينين أو لا ،لأنه وصية بما هو قربه حقيقة ،وفى معتقدهم ايضا[٣].

الثاني : - أن يوصي بما لايكون قربة لا فى حقنا ولا فى حقهم كما اذا أوصى للنائحات والمغنيات ،فان هذا غير جائز اتفاقا لأن هذا معصية فى حقنا وفي حقهم .

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٣٠ .

(٢) عقد الوصية ٤١ ،والسراج الوهاج على متن المنهاج ٢٣٦ .

(٣) انظر : الهداية ٤/٢٥٧ ،وبدائع الصنائع ١٠/٤٨٦٢ .

الثالث : أن يوصى بما هو قربة عند المسلمين ، وليس بقربة عند غير المسلمين ، كما اذا أوصى بالحج ، أو بأن يبنى مسجد للمسلمين ، أو بأن تسرج مساجدهم ، فهذه الوصية باطلة باتفاق علماء الحنفية كما فى القسم الثاني ، لأنه معصية عندهم ، فبطلت اعتبارا لاعتقادهم ، الا أن تكون لقوم بأعيانهم ، فتصح باعتبار التمليك ، لأنهم معلومون أى يحصى عددهم ، وما ذكره من الجهة من اسراج المساجد ، ونحوه ، خرج منه على طريق المشورة ، لا على طريق الالزام ، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه فى الجهة التى عينها هو بل يفعلون به ما شاءوا ، لأنه ملكهم .

والذى يؤخذ من مذهب الشافعية واحمد ومالك أن الوصية فى هذا القسم صحيحة ، خلافا للحنفية ، لأن الموصى به قربة عند المسلمين ، وهم يعتبرون القربه المطلوبه ، أن تكون فى نظر الاسلام قربه (١).

وبالموازنة نجد أن الرأى الذى أخذ به الشافعية وأحمد ومالك أولى بالقبول من رأى الحنفية ، لما فيه من احترام ارادة الموصي ، وتنفيذ رغبته ، ولأن الموصى به قربة فى الحقيقة والواقع ، وان لم يكن قربة فى اعتقاده ، على أن المصلحة الاجتماعية

---

(١) المدونة ١٥/١٩ ، وانظر : مواهب الجليل ٦/٣٦٥ ، وانظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٥٣٠ ، ففيه : " ولا تصح وصية الذمي الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم " وانظر : عقد الوصية ٤١ . وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٥٤ .

تقضي بعدم رد مثل هذه الوصايا التى توثق الصلات ، وتقوى الروابط ، فقد يرغب بعض الأثرياء من غير المسلمين فى الوصية ببناء المساجد بجزء من ماله للانفاق على عمارتها ، واصلاح شؤونها تأكيدا للصلات بينه وبين العمال من المسلمين .

ففي اجازتها تحقيق اليسر ورفع الحرج ، وقد أشارت الى ذلك المعنى المذكرة التفسيرية لقانون الوقف المصرى حينما عرضت لشرح المادة السابعة وبيان مسوغات جواز وقف غير المسلم على ما هو قربة عندنا وليس قربة فى ملته ، وذكرت أن ذلك مذهب الشافعية والحنابلة (١) .

الرابع : أن يوصي بما هو قربة عندهم ، وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة ، أو بيت نار ، ونحو ذلك لقوم غير معينين ، وهذا القسم مختلف فى حكمه بين الامام أبي حنيفة وصاحبيه فالامام أبو حنيفة يقول بجواز الوصية فيه ، والصاحبان يقولان انها باطلة وقد قال بذلك أيضا الحنابلة ، والشافعي وأبو ثور .

ووجه قول الصاحبين ومن وافقهما أن الموصى به معصيه حقيقة ، وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة ، لما في تنفيذها ، من تقرير المعصية .

ووجه قول أبي حنيفة ، أن هذه قربة فى معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، وهذا الرأى الأخير أقوى لقوة دليله ، ولما فيه من اليسر ورفع الحرج .

هذا ، وان كانت الوصية بهذا النوع لقوم معينين ، فانها تكون جائزة باجماع علماء الحنفية ، وتكون تمليكا لهم ، ولا يلزمهم

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ، وعقد الوصية الصفحتين نفسيهما .

جعلها كنيسة .

وننتهى فيما تقدم الى أننا اذا أخذنا بمذهبى الشافعية والحنابلة فى القسم الثالث ، وبرأى أبى حنيفة في القسم الرابع كانت وصية غير المسلم صحيحة فى جميع الحالات الا فى حالة واحدة ، وهى ما اذا كانت الوصية بما هو معصية فى حقنا وحقهم وهو القسم الثاني(١) .

ونظرا لقوة ما احتج به لهذا الرأى ، ولما فيه من الرفق ورفع الحرج عن الموصين من غير المسلمين ، فقد أخذت به الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون الوصية المصرى ، حيث قضت بصحة وصية غير المسلم الا اذا كانت محرمة فى شريعته ، وفى الشريعة الاسلامية ، ونصها(٢) : " .... واذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية ، وعلى ذلك فوصية غير المسلم تصح قانونا في ثلاث حالات : -

١ - أن تكون وصيته جائزة فى شريعته وعند المسلمين .

٢ - اذا كانت وصيته جائزة فى شريعته محرمة عند المسلمين .

٣ - اذا كانت وصيته محرمة فى شريعته جائزة عند المسلمين ،

وتبطل فى حالة واحدة وهى ما اذا أوصى بما هو محرم

---

(١) انظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠ / ٤٩٣ - ٤٩٤ . وحاشية بن عابدين ٦ / ٦٩٦ ، وانظر : الهداية شرح بداية المبتدى ٤ / ٢٥٦ - ٢٥٧ ، وتبيين الحقائق ٦ / ٢٠٥ ، والمغنى مع الشرح الكبير الوصية ٤١ ، ٤٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

في شريعته وعند المسلمين[1] .

وصية الذمي للمسلم : -

جاء في المغني[2] لابن قدامة : " ولا تصح وصية الذمي للمسلم الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم " وعليه ،فلو أوصى الذمي للمسلم بخمر أوبخنزير ، فانه لا يجوز ،لأن المسلم ممنوع من تملكها أما اذا أوصى بما سوى الخمر والخنزير ،فيصح منه ذلك،وتجوز منه كما تجوز من المسلم للمسلم = فقد جاء في المدونة[3] للامام مالك : " قلت أرأيت ان أوصى ذمي الى مسلم . قال : قال مالك: " ان لم يكن في تركته الخمر أو الخنازير أو خاف أن يلزم بالجزية فلا بأس بذلك " .

وذلك ،لأنهم مثل المسلمين في المعاملات بمقتضى عقد الذمة " لهم مالنا وعليهم ماعلينا " . ولأن التبرع جائز حال الحياة اتفاقا ،فكذا يجوز التبرع المضاف الى ما بعد الممات ،ولأن الوصية من الذمي للمسلم عطية من ماله ملكا تاما لمتملك يصح تملكه ،لأنه لم يوجد هناك مانع ،فتكون جائزة لصدورها من الأهل في المحل[4] .

---

(١) انظر : عقد الوصية ٤٣ .
(٢) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٣٠ .
(٣) انظر : المدونة ١٥/١٩ .
(٤) انظر : نتائج الأفكار ١٠/٤٢٦ ،وانظر: تبيين الحقائق ٦/١٨٤ وعقد الوصية ٤٣ ،وانظر : التاج والاكليل لمختصر خليل ٦/٣٦٥ .

المطلب الثاني : وصية المستأمن

وصية المستأمن للمسلم أو الذمي أو لمستأمن مثله جائزة ولو بكل ماله ،اذا كانت ورثته في دار الحرب ،لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ،وليس لورثته حق مرعي ،لكونهم في دار الحرب ،ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ،والأمان كان لحقه لا لحق ورثته، فلا يتعداه اليهم ،ولو أوصى ببعض ماله أخذت الوصيه ويرد الباقي على ورثته مراعاة لحق المستأمن ،لأن من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته ،وما زاد على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

أما اذا كان ورثته معه في دار الاسلام ،وأوصى بما زاد على الثلث توقفت وصيته فيما زاد على اجازتهم[1] ، وقد علل الزيلعي لصحة وصية الحربي المستأمن أو الذمي " بأنه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها ،فكذا يكون أهلا للتمليك مضافا الى ما بعد الموت[2].

مسلك قانون الوصية المصرى :

اشترط القانون لصحة الوصية من غير المسلم أن لا تكون محرمة في شريعة الموصى له ،وفي الشريعة الاسلامية معا ،جاء ذلك صريحا في الفقرة الثانية[3] من المادة الثالثة ،" واذا كان الموصي غير مسلم

---

(١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/ ٤٩٥ ،وانظر: البحر الرائق ٨/ ٥٠٠ ،ورد المحتار ٦/ ٦٩٧ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٥، ٢٠٦ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

صحت الوصيه ، الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية " .

وعلى ذلك فحكم المستأمن فى الوصية حكم الذمي تصح منه للمسلم وللذمي وللمستأمن ، فاذا أوصى بأكثر من الثلث ، توقف نفاذ وصيته فى الزيادة على اجازة ورثته الموجودين فى بلده الأصلي الا اذا كان قانون هذا البلد يمنع من التوارث ، فانها تنفذ من غير توقف على اجازة الورثة ، لانعدام حقهم فى هذا المال ، وقد أشار الى ذلك المعنى قانون المواريث(١) فى فقرته الأخيرة من المادة السادسة بقوله " . . . واختلاف الدارين لا يمنع من الارث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين الا اذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها " .

....

---

(١) انظر: المواريث . . . فى الشريعة الاسلامية للدكتور بدران ص ١١٥ ، وانظر : للمؤلف نفسه أحكام الوصايا والأوقاف ص ٣٩ .

المطلب الثالث : وصية الحربي

وصية الحربي لمثله صحيحة سواء كان مستأمنا أو غير مستأمن مطلقا ،وكذلك تكون صحيحة للمسلم مالم يوص له بما يحرم الانتفاع به كالخمر ،فان ذلك غير جائز لعدم صحة امتلاكه لها ،بخلاف ما لو أوصى بها لكافر ،فان وصيته صحيحة ،لأنه يصح أن يمتلكها ، وفى ذلك المعنى ورد فى مواهب الجليل[١] : " أن وصية الكافر جائزة للمسلم ،بكل شئ يملكه الكافر ،الا الخمر والخنزير ، وقد قال بذلك المالكية ،والشافعية ،والحنابلة ،ووافقهم من الحنفية أبويوسف ومحمد ، واستدلوا لجواز الوصية من الحربي ،كونه حرا مميزا مالكا ملكا تاما ،فيصح تصرفه لكونه صادرا من أهله فى محله[٢].

وقد وافقهم أبو حنيفة فى جواز وصية الحربي للمسلم اذا لم تكن فى محرم ،وأما وصيته لغير المسلم[٣] ولو بمحرم ،فقد خالفهم

---

(١) ٣٦٥/٦ ،بتصرف،وانظر : تبيين الحقائق ١٨٣/٦ ،والمغنى مع الشرح ٥٣١/٦ ومابعدها . وانظر : السراج الوهاج ٣٣٥ ،وقليوبى وعميرة ١٥٦/٣ ،١٥٧ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) غير المسلم اما أن يكون حربيا أو ذميا أو مرتدا ،وقد قسم الحنفية غير المسلمين الى أربعة أقسام : -

١) أهل ذمة ،وهم من أقاموا بين المسلمين ورضوا بحكمهم ودفع الجزية اليهم ،وهؤلاء لهم ما لنا وعليهم ما علينا وهم من أهل الكتاب وعبدة الأوثان من العجم أما وثنوا العرب فليسوا كذلك ولا يقبل منهم الجزية .

٢) مرتدون وعبدة أوثان من العرب وهؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف ولا تقبل منهم جزية . ==

فى ذلك ،فأجازه ،وقد خالفه صاحباه أبو يوسف ومحمد ،وقد بينا ذلك عند الكلام على وصية الذمي ،وقد حكي ابن رشد[(١)] اتفاق الفقهاء الأربعة على صحة وصية الكافر اذا لم يوص بمحرم فقال:
"وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم ... "
فإذا أوصى حال وجوده فى داره ،فان حكم وصيته يتبع ماهو معمول به عندهم ،اذ لا شأن لنا بوصيته ،كما لا عبرة بتصرفاته الأخرى ،حيث انه ليس لنا ولاية عليه والحالة هذه ،أما اذا انتقل الينا ،وتمكن من الاقامة فى دار الاسلام ،فانه يصير مستأمنا ،ويجرى فى حقه حكم المستأمنين ،وأما اذا دخلت دار ذلك الحربي تحت حكم الاسلام بغلبة المسلمين عليها ،فانه يصير ذميا ،فاذا أوصى الحربي فى داره بوصية ،ثم أسلم أهل تلك الدار أو صاروا ذمة ،وترافعوا الينا بشأن تلك الوصية ،فانا نطبق فى حقهم حكم الاسلام[(٢)] فان كانت باقية بعينها أجزناها ،وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلناها[(٣)] ، وفى ذلك يقول صاحب الأصل[(٤)]: " فاذا أسلموا ،أوصاروا

== ٣) ذو عهد وهم من عاهدهم المسلمون على ترك الحرب وهؤلاء لا يحل قتالهم مادام عهدهم باقيا .
٤) حربيون وهم غير من ذكر أى أنهم غير مسلمين ، وليسوا أهل ذمة ولا عهد ولا بمرتدين وحكم الجهاد بالنسبة اليهم معروف ومقرر عند الفقهاء » عقد الوصية للدكتور بدران ص ٤٠ .

(١) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢ / ٣٢٨ .
(٢) وفى ذلك يقول الدسوقى فى حاشيته على الشرح الكبير ٤ / ٣٧٦ :
" وثمرة الصحة بالحكم بانفاذها اذا ترافعوا الينا " .
(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٨ ، وانظر: الوصية للبرديسي ٤٣ .
(٤) انظر: بدائع الصنائع الجزء والصفحة نفسيهما ، فقد اقتبسه الكاساني عن صاحب الأصل .

ذمة قدرنا على التنفيذ فننفذها مادام الموصى به قائما ،فأما اذا صار مستهلكا ،أبطلنا الوصية والحقناها بالعدم ،لأن أهل الحرب اذا أسلموا أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض ،وبما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك ،كذا هذا ومثل ذلك الحكم ببطلان الوصيه اذا استهلكت قبل الاسلام ،مثله ما لو كانت تلك الوصية بمعصية ،كما لو كانت لمسلم بخمر أو خنزير لعدم صحة تملكه لها[(١)].

وقد أخذ قانون الوصية بذلك ،فذهب الى صحة وصية الحربي اذا لم تكن محرمة فى شريعته ،وفى الشريعة الاسلامية ،فقال فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة[(٢)]: " واذا كان الموصي غير مسلم[(٣)] صحت الوصية الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية " .

*** ***

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٧٦ ، ٣٧٨ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٣ .

(٣) انظر : هامش ص ٢٢٩ ،من المصدر السابق نفسه .

المبحث الرابـع

وصيـــة المرتـــــد

المرتد لغة : هـو من يستبدل بالاسلام الكفر ، فيرجع عنـه الـــى غيره ، وفي ذلك يقول الفيروز ابادى[(١)] : " والارتداد الرجوع " .

ويقول الشافعي[(٢)] : " ومن رجع عن شئ جاز أن يقال ارتد عـــن كـذا " .

ويقول الله تعالى : " ولا ترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسريـن[(٣)] " أى لا ترجعوا .

أما معناه شرعـا[(٤)] : " فهو من كفر بعد اسلامه ولو مميزا بنطق، أو اعتقاد أو شك ، أو فعل ، طائعا مختارا ولو هازلا ، سواء كان رجـــلا او امرأة " .

ثم ان المرتد ينقسم الى قسمين ، فطرىّ وملّي[(٥)] .

فالمرتد الفطرى : هو الذى ارتد بعد أن ولد على الاسلام، أو هـو من انعقدت نطفته حال اسلام أحد أبويـه .

والمرتد الملي : هو الذى أسلم عن كفر ، ثم كفـر .

وهذا التقسيم[(٦)] لم يقل به من الفقهاء غير الامامية .

---

(١) انظر : القاموس المحيط للفيروزابادى ١ / ٢٩٤ مادة (رده)

(٢) انظر : الأم للشافعي ٤ / ٢٢٧ .

(٣) سورة المائدة آية ٢١ .

(٤) انظر : نيل المآرب بشرح دليل الطالب ١٥٢ .

(٥) انظر : الوصية وأحكامها ص٢٠٨ .

(٦) انظر : المصدر السابق .

وقد رتبوا على هذا التقسيم أحكام المرتد ، فقالوا بالنسبة للمرتد الملي ، يستتاب ثلاثة أيام على الأشهر عندهم[١] ، فان تاب والا قتل وحكم بخروج أمواله عن ملكه حينئذ .

وأما فيما يتعلق بالمرتد الفطرى ، فقالوا يقتل بمجرد ردته ولا يستتاب ، وتخرج أمواله عن ملكه ، وتبين منه زوجته ، وقد قال بذلك ايضا كل من الحسن وطاووس وأهل الظاهر ، وفي هذا يقول ابن حزم[٢] : " فصح بهذا أن من لحق بدار الكفر والحرب مختارا محاربا لمن يليه من المسلمين ، فهو بهذا الفعل مرتد ، له أحكام المرتد كلها : من وجوب القتل عليه ، متى قدر عليه ، ومن اباحة ماله ، وانفساخ نكاحه ، وغير ذلك ، لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يبرأ من مسلم " .

هذا : ويحسن بنا أن نشير الى أن بيان الحكم فى وصية المرتد ، يعتمد على بيان حكم تصرفاته فى ملكه بعد ردته ، اذ أن الوصية تعتبر من ضمن تلك التصرفات ، نظرا لطبيعتها من حيث أنها عقد تبرع ، لذلك كان من المناسب الاشارة الى ذلك بصفة موجزة ، حيث ان مكان بحثه فى أحكام المرتدين .

ونحو ما ذكرنا نقول قد اختلف الفقهاء فى ذلك على أقوال[٣] :-

---

(١) على خلاف بينهم في وجوب هذه الاستتابة أو استحبابها

(٢) المحلى لابن حزم ١٣/١٣٩ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ١٠/٨١، ٨٢، وانظر: نهاية المحتاج ٦/٤٠ وجزء ٧/٤٠٠، وانظر : تبيين الحقائق ٣/٢٨٥، ٦/٣١٥، ومنتهى الارادات ٢/٥٠٣، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٣٧٢، ٣٧٣ .

الأول : أن ملك المرتد لا يزول بردته ،بل يبقى فى ملكه الى أن يموت موتا عاديا ،أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ،ويحكم بلحاقه ،وبناء على ذلك فان تصرفاته التى صدرت منه بعد الرده صحيحه ،نافذه ومنها وصيته ،وقد قال بذلك الامام أحمد وأبو يوسف ومحمد من الحنفية ،والشافعي .

الثاني : أن ملكه موقوف بعد ردته ،فان رجع الى الاسلام ،عاد اليه ملكه ،وان مات أو قتل على ردته ،حكم بزوال ملكه من حين ردته ،وتعتبر جميع تصرفاته التى صدرت منه بعد الردة باطله ،ومن ذلك وصيته التى صدرت منه بعد الردة .

وقد قال بذلك المالكية ،والشافعية ،وأبو حنيفة ،وأحمد .

أما المرتده ،فعند غير الحنفية حكمها حكم المرتد ،فيما مر أما عند فقهاء الحنفية فان وصيتها صحيحة نافذة ،لبقاء ملكها بعد ردتها ،لأنها عندهم لا تستحق القتل ،بل تستتاب ،فان تابت خلي سبيلها ،والا حبست ،وفى ذلك يقول الزيلعي[(1)] : " قال صاحب الهداية فى المرتدة ،الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقي على الردة بخلاف المرتد ،لأنه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية،ثم حكى الخلاف فى وصية المرتد بين أبى حنيفة وصاحبيه ،وعقب ذلك ذكر اجماع فقهاء الحنفية على صحة وصية المرتده فقال[(2)] : " ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لأنها

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/٢٠٥ ،فقد اقتبسه .

(٢) انظر : المصدر السابق .

لا تقتل عندنا ،وقال قاضيخان المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية ومالا فلا " .

الثالث : أن ماله الذى قدر عليه بعد ردته وقبل موته ،يعتبر ملكا للمسلمين ،ولا تنفذ فيه وصيه ،وأما ما له الذى لم يقدر عليه حتى قتل أو مات ،فانه يعتبر ملكه ، فتنفذ فيه تصرفاته ووصاياه، لأنه ماله وحكمه نافذ ،وقد قال[1] بذلك ابن حزم .

والذى أختاره بعد هذا العرض لأقوال الفقها هو القول ببطلان الوصية اللاحقة على الردة ،فيما اذا كان المرتد فطريا ،وان قلنا بصحة وصاياه السابقة على الرده ،تبعا لما رتب من حكم وهو خروج أمواله ،عن ملكه بردته ،فمن الواضح أنه لا وصية الا في ملك .

وأما اذا كان المرتد مليا ،فان من الملائم اعتبار صحة وصيته مع وقف نفاذها حتى نستوضح ما سيؤل اليه أمره ، فان رجع الى الاسلام اعتبرناها نافذة ،والا فتبطل .

وبهذا الحكم الأخير تشترك المرتدة مع المرتد الملي سواء كانت مرتدة عن فطرة ،أو عن مله .

أما اذا كانت مليّه فواضح ،وأما اذا كانت فطرية ،فلأن السبب الذى استوجب القول ببطلان وصيته ،وهو القتل ،وخروج ماله عن ملكه ،فمفقود في المرتده الفطرية .

بعد أن كان حكمها الحبس لا القتل ،ومن أجل ذلك قلنا

---

(١) انظر : المحلى لابن حزم ١٣/١٣٦، ١٣٧ .

بصحة الوصية لها وللمرتد الملي [1] .

هذا وان قانون [2] الوصية لم يتعرض لحكم وصية المرتد ، بل حذف منه النص الخاص بها ، فكان الحكم فيها باقيا على المذهب الراجح من مذهب الحنفية ، وهو رأى الصاحبين ، وقد تقدم بيانه .

....

---

(٢) الوصية وأحكامها ص ٢٠٨ ومابعدها .

(٢) أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ٤٠ .

المبحث الخامس

وصية المخطئ والهازل والمكره

تقدم لنا فيما سبق أن الفقهاء اشترطوا لصحة الوصية رضا الموصي بها ، وعليه فلا تصح وصية المكره ، والمخطئ[١] ، والهازل[٢] ، لفوات شرط الرضا ، وفى ذلك يقول الكاساني[٣] : " ومن الشروط رضا الموصى لأنها ايجاب ملك أوما يتعلق بالملك ، فلا بد فيه من الرضا ، كايجاب الملك بسائر الأشياء ، فلا تصح وصية الهازل ، والمكره ، والخاطى ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا " .

وقد أخذ قانون الوصية المصرى بما ذهب اليه الفقهاء ، فأبطل وصية هؤلاء ، لعدم توافر ما شرطه[٤] ، وهو أهلية التبرع قانونا ، لأن وجود تلك العوارض يفوت الرضا والارادة ، فلا يثبت معها سلطة

---

(١) المخطئ هو من سبق لسانه الى التلفظ بما لا يريد أن يتلفظ به ، فى حين أنه يريد أن يتلفظ بغيره .

(٢) الهازل هو الذى يتكلم بما لا يقصد الى تحقيق معناه ، وان قصد الى التلفظ به .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٨ ، وانظر كتاب : الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٤٣٥ .

(٤) ويلحق بهؤلاء السكران ، فاذا أوصى فوصيته باطله ، على ما قدمناه فى محله ، وذلك ، لأنه لا قصد له ، كما قال بذلك الكرخي والطحاوى من الحنفية ، وجمهور الحنابلة ، والمالكية ، ولأننا لو ألزمناه بتصرفه حال سكره بمحرم ، تغليظا عليه ، وعقوبة له ، ليس له ثمة فائدة فى

==

التبرع قانونا[1] ،جاء ذلك فى مذكرته التفسيرية عند توضيح المادة الخامسة منه[2]: " يشترط فى الموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا[3] بأن يكون عاقلا بالغا راضيا ،فلا تصح وصية الصبى والمجنون والمعتوه ومن ذهب عقله بسكر أو غيره ،ولا وصية المكره والمخطىء والهازل ،لفوات شرط الرضا .... " .

....

* * وصيته ،اذ لا ضرر عليه يلحقه منها ،وانما الضرر يعود على ورثته بعد وفاته ،وقد بينا ذلك فى محله . عند الكلام على وصية السكران .

(١) انظر : الوصية للبرديسي ٤٤ - ٤٥ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٧٤ .

(٣) انظر : احكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبي ص٧١ .

المبحث السادس

وصية المدين

اشترط الفقهاء - رحمهم الله لصحة نفاذ الوصية ،ألا يكون الموصي مدينا دينا مستغرقا لتركته ،فاذا كان كذلك ،وتمسك الغرماء بحقهم ،فلم يجيزوا الوصية أو لم يبرؤه من الدين ،فان الوصية لا تصح ،ويوقف تنفيذها ،ولو كان قد أوصى فيها بواجب ،كأن يتعلق بها حق من حقوق الله تعالى مما فاته في حياته كالزكاة أو الحج ونحوهما ،وذلك لأن حق الغرماء في التنفيذ مقدم على الوصية ،باتفاق[1] بدليل قوله تعالى[2] : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " والترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم[3] ،لما روى عن علي - رضي الله عنه - أنه قال : " انكم تقرؤن الوصية قبل الدين ،وأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم[4] -: " قضى أن

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٤٩ ،وانظر: اسنى المطالب ٣/٣٧ ، وكشاف القناع ٤/ ٣٥١ ، ٣٥٢ ،وجواهر الاكليل ٢/ ٣٢٧ ،وحاشية الدسوقي ٤/ ٣٠٩ ، ٤٠٨ ،وانظر : الأم للشافعي ٤/ ١٠٦ ،فقد حكى اجماع العلماء : "على تقديم الدين في القضاء على الوصية مهما كان في صحة أو مرض باقرار أو بينة أو أى وجه كان ،لأن الله لم يخص دينا دون دين " .

(٢) النساء : آية ١٢ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٤٩ .

(٤) أخرجه احمد والترمذى من طريق الحارث ،وهو الأعور عن على بن أبي طالب قال : " قضى محمد - صلى الله عليه وسلم - أن الدين قبل الوصية ، ... " هذا لفظ احمد وهو اسناد ضعيف كما قال ابن حجر
==

الدين قبل الوصية " ، كما جاء في فتح القدير[1] ،في التعليل لتقديم الدين على الوصية قوله : لأنه حق العبد ،وأداؤه فرض" ثم علل لوجوب تقديم الدين على الوصية الواجبة بقوله : " فلأن الدين حق العبد ،وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى " .

وفي المبسوط[2] : " قيل لابن عباس - رضي الله عنهما - ،أنك تأمر بالعمرة قبل الحج ،وقد بدأ الله بالحج فقال[3] : " وأتموا الحج والعمرة لله "، فقال : كيف تقرؤن آية الدين ،فقالوا : (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فقال بماذا يبدأ ؟ فقالوا : بالدين قال : هو ذلك . "

ولأن قضاء الدين من أصول حوائجه ،فانه يفك به رهانه، وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه ،ثم قضاء الدين مستحق عليه والوصية لم تكن مستحقة عليه ،لأنها ان كانت من التبرعات فهي تطوع ،وأداء الدين واجب فهو أقوى ،وان كانت من الواجبات فان كانت حقا للعبد كالوصية الواجبة في قانون الوصية[4] المصرى ،فانها تكون بمعنى الارث ، والارث مؤخر عن الدين ،وان كانت حقا لله

== الا أنه نقل عن الترمذى أنه قال : " ان العمل عليه عند أهل العلم انظر : صحيح البخارى بشرحه ٥/٣٧٧ .

(١) العناية على الهداية مع تكملة فتح القدير ١٠/٤٣٠ .

(٢) انظر: المبسوط ٢٩/١٣٧ .

(٣) سورة البقرة : آية ١٩٦ .

(٤) رقم ٧١ لعام ١٩٤٦ م . ينظر: شرح قانون الوصية للشيخ : محمد ابو زهرة ١٩٨ .

تعالى ،فدين العبد مقدم على دين الله تعالى ،لأن الله هو الغني ،والعباد هم الفقراء ،ولأن صاحب الدين ليس يتملك ما يأخذ عليه ابتداء ولكنه في الحكم يأخذ ما كان له ،ولهذا ينفرد به اذا ظفر بجنس حقه ،والموصى له يتملك ابتداء بطريق التبرع، وأيد هذا ما روى[(١)] أن رجلا أعتق عبدا في مرضه ،وعليه دين فاستسعاه[(٢)] رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في قيمته " ،وانما فعل ذلك لأنه تقدم الدين على الوصية " ولأن الدين تعلق بذمة الميت حال حياته ، وتعلق بالتركة كلها وقت الموت ،بل قال بعضهم بتعلقه مستندا الى أول مرض الموت[(٣)] ، وأما الوصية ، فانها لم تتعلق بالذمة في الحياة ،بدليل أنه يصح له الرجوع عنها ،ولم تتعلق بعد الموت بالتركة كلها ،وانما تتعلق بجزء منها ،وهو الثلث، فكان الدين مقدما عليها في التنفيذ[(٤)].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق باسناد رجاله ثقات عن أبي قلابة عن رجل من بني عذره : " أن رجلا منهم أعتق مملوكا له عند موته ،وليس له مال غيره ، فأعتق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثلثه ،وأمره أن يسعى في الثلثين " وفي ذلك يقول الامام مالك : " الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا يجوز عتاقه رجل وعليه دين يحيط بماله .. " انظر : فتح الباري : ١٥٩/٥ ،وانظر : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٥/٣ .

(٢) المراد بالاستسعاء : أن العبد يستمر في حصة الذي لم يعتق ،فيسعى في خدمته بقدر ماله فيه من الرق ،ينظر : فتح الباري ١٥٩/٥ .

(٣) مرض الموت ،هو المرض الذي يفضي الى الموت غالبا ،ويعقبه الموت فعلا .

(٤) انظر : المبسوط ١٣٧/٢٩ ،وانظر : التركة للكشكي ٨٨/٨٩ .

وقد حكى الشلبي[1] في حاشيته على الزيلعي ، والقرطبي[2]، الاجماع على تقديم الدين في القضاء على الوصية ، وذلك لأن الدين واجب والوصية تبرع ، والواجب مقدم على التبرع .

هذا : وقد يقال اذا كان الدين مقدما على الوصية في الحكم[3] فلماذا قدمت الوصية على الدين في الذكر ؟ للاجابة على ذلك نقول : ان الوصية لما كانت قربة ، لكونها تكون في الغالب بطريق التبرع ، والدين مذموم غالبا ، ولما كانت مشبهة للميراث من جهة أخذها بغير عوض ، وفي اخراجها مشقة على الورثة ، ولا تطيب أنفسهم بها ، بل ان أداءها مظنة للتفريط بها ، بخلاف الدين ، فان النفوس مطمئنة الى أدائه ، وايضا فالوصية حظ فقير ومسكين غالبا والدين حظ غريم يطلبه بقوة وله مقال ، وكذلك الوصية ممكنة من كل أحد ولاسيما من يقول بوجوبها ، فانه يقول بلزومها لكل أحد فيشترك فيها جميع المخاطبين ، لأنها تقع بالمال وتقع بالعبد ، وقل من يخلو عن شيء من ذلك ، بخلاف الدين ، فانه يمكن أن يوجد وأن لا يوجد وما يكثر وقوعه مقدم على ما يقل وقوعه[4] ، لذلك قدمت الوصية على الدين

---

(١) انظر : حاشية الشلبي على الزيلعي ٦/١٨٥ .

(٢) انظر : حاشية المقنع ٣/٣٦٦ ، فقد اقتبسه ، وانظر : منهاج المسلم ٣٦٤

(٣) المصادر السابقة ، وانظر : اسنى المطالب ٣/٤ ، وكشاف القناع ٤/٣٥١ ، ٣٥٢ ، وانظر : فتح الباري ٥/٣٧٨ ، فقد ذكر ابن حجر اتفاق العلماء على تقديم الدين على الوصية الا في صورة واحدة ، وهي ما اذا أوصى الميت لشخص بألف مثلا وصدقه الوارث ، وحكم به ثم أدعى آخر أن له في ذمة الميت دينا يستغرق موجوده ، وصدقه الوارث ، ففي وجه للشافعية تقدم الوصية على الدين في هذه الصورة الخاصة .

(٤) قال الزين بن المنير : " تقديم الوصية على الدين في اللفظ لا يقتضي ==

فى الذكر ، بعثا على وجوب اخراجها والمسارعة اليه مع الدين ، ولذلك جيئ بكلمة أو للتسوية بينهما فى الوجوب ، وفى ذلك يقول الزمخشرى[(١)]: " ولذلك جئ بكلمة أو التى للتسوية ، أى فيستويان فى الاهتمام وعدم التضييع : " وان كان أى الدين مقدما عليها " . ويقول ابن عطيه[(٢)] : " الوصية غالبا تكون لضعاف ، فتقوى جانبها بالتقديم فى الذكر لئلا يطمع ويتساهل فيها بخلاف الدين " .

لكن اذا أجاز الغرماء الوصية ، أو أبرؤا الموصي من دينه كله أو بعضه ، فحينئذ تنفذ فى حدود ثلث ما أبرئ منه ، وكذا تنفذ وصيته فيما ذكر ، فيما لو تبرع متبرع عنه بسداد دينه كله أو بعضه وفى ذلك يقول الزيلعي[(٣)] : " ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بما له ، الا أن يبرئ الغرماء الموصي من الدين ، فحينئذ تجوز وصيته فى الثلث ، أو فى أكثر منه على تقدير اجازة الورثة أو عدمها لعدم المانع ، وهو الدين ، وورد فى أسنى[(٤)] المطالب شرح روض الطالب للشافعية : " ولا تنفذ الوصية الا فى الثلث الفاضل عن الدين لأنه مقدم عليها ، فان كان عليه دين مستغرق لم لم تنفذ الوصية فى شئ ، لكن يحكم بانعقادها ، الا اذا أبرئ من

== تقديمها فى المعنى، لأنهما معا ذكرا فى سياق البعدية ، لكن الميراث يلي الوصية في البعدية ، ولا يلي الدين ، بل هو بعد بعده ، فيلزم أن الدين يقدم في الاداء ثم الوصية ثم الميراث فيتحقق حينئذ أن الوصية تقع بعد الدين حال الاداء باعتبار القبلية ..." اقتبسه ابن حجر انظر : فتح البارى ٥/ ٣٧٨ .

(١) انظر : كشاف القناع ٤/ ٣٥١ - ٣٥٢ ، فقد اقتبسه .

(٢) " " " " " " "

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٥ (٤) انظر: اسنى المطالب ٣/ ٣٧

الدين ،أو قضاه عنه آخر ،فكان لا دين ،فتنفذ " .

أما اذا كان مدينا دينا غير مستغرق ،فانه يخرج الدين أولا من رأس مال التركة ،اذا لم يبرئه منه الدائنون ،وذلك لأنه انما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ،ولا حق للورثة مع الدين ،فاعتبر اخراجه من رأس المال[1] لا من الثلث ،وتنفذ الوصية فى ثلث الباقى بعد اخراج الدين ان وسعها والا انفذت فى مقدار الثلث ،وتوقفت فى الزائد على اجازة الورثة ،فاذا كانت تركته أربعين جنيها ،وأوصى بثلث ماله ،وعليه دين عشرة جنيهات ،أخرج الدين أولا وهو العشرة جنيهات ،ونفذت الوصية فى الباقي بعد الدين من غير توقف على اجازة أحد ،ومثل[2] ذلك لو كانت التركة الف جنية ،وأوصى بثلاثمائة جنيه ،فى حين أن عليه دين مائة جنيه فان الوصية تخرج من

---

(١) انظر : المجموع للنووى ١٥/ ٧٢ ،وانظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٥ ، وانظر : كشاف القناع فقد ورد فيه: " تخرج الواجبات التى على الميت من رأس المال أوصى بها أو لم يوص ،كقضاء الدين والحج والزكاة ٤/ ٣٥١ - ٣٥٢ ،وقد ورد فى الكافي للحنابلة ٢/ ٤٨٤ مثل ذلك ،وقال عنه صاحب الانصاف : انه هو الصحيح من المذهب، وعليه الأصحاب ٧/ ٢١٨ ،وقد ورد مثل ذلك عند المالكية ،من أن الدين مقدم فى الاخراج على الوصية وأنه من رأس مال التركة ،وأن الوصية تخرج من ثلث الباقي ،وذلك فى حاشية الدسوقى ٤/ ٣٠٩ ،٤٠٨ . وجواهر الاكليل ٢/ ٣٢٧ .

(٢) انظر : كشاف القناع ٤/ ٣٥١ ،٣٥٢ ،وانظر : عقد الوصية ٤٧ . وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٦٢ .

الباقي ، بعد اخراج الدين من غير توقف على اجازة أحد ، أما لو أوصى بأربعمائة جنيه والمسألة بحالها فان الوصية تنفذ في الثلاثمائة ، ويتوقف في تنفيذ الباقي على اجازة الورثة .

مسلك اقانون الوصية المصرى :

لم يخالف القانون ما ذهب اليه الفقهاء ، ففي المادة ٣٨ [(١)] قال : " تصح [(٢)] وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ الا ببراءة ذمته منه ، فان برئت ذمته من بعضه ، أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين : " وفي المادة ٣٩ [(٣)] جاء قوله : " اذا كان الدين غير مستغرق واستوفي كله أو بعضه من الموصي به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى استوفي في ثلث الباقي من التركة ، بعد وفاء الدين " .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٠ .

(٢) علق الشيخ محمد أبو زهرة على صحة وصية المدين بقوله :" لأن ذلك ليس شرطا للانشاء ، ولا للبقاء ، بل يتأتي الكلام في الدين عند التنفيذ ، فوصية المدين ولو بدين مستغرق تنشأ صحيحة ، وتستمر صحيحة الى الموت ، وعند تنفيذها يقدم الدين قل أو جل عليها ، فان كانت التركة مستغرقة بالدين توقف التنفيذ على ابراء الدائنين للميت من الدين فان أبرؤه نفذت الوصية من التركة ، وقد خلصت من الدين ، وان لم يبرؤه سدد الدين ، وما بقي تنفذ منه الوصية في دائرة الثلث . أى ثلث الباقي ، بحيث لو تجاوزته لا ينفذ في الزائد الا باجازة الورثة ، المصدر السابق ٦٢ .

(٣) المصدر السابق ٢٨٠ .

فاذا كان الموصى به معينا بذاته كقطعة أرض معينة ،أو دارا معينة ،وكان الدين متعلقا بهذه العين ،كأن تكون مرهونة للدائن بدينه قبل وفاة الموصي ،واختار صاحب الدين استيفاء دينه من تلك العين ،فان حقه مقدم على حق الموصى له لأن حقه تعلق بها ،في وقت حياة الموصي ،قبل أن يتعلق بها حق الموصى له، الذى لا يثبت له حق الا بعد وفاة الموصي فاذا استوفى الدائن حقه من العين ،فان الموصي له يأخذ باقيها ان بقي شئ ،ثم يرجع بقدر الدين الذى استوفي في ثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين[1] .

....

---

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٤٨ ،وأحكام الوصايا والأوقاف للشيخ شلبي ص ٧٦ .

المبحث السابع

وصية الفقير

الذى ذهب اليه أكثر الفقهاء أن الشخص اذا كان فقيرا ،وورثته محتاجون ،وأوصي ،فان وصيته غير مستحبة ،وقد قال بذلك الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)] ،والحنابلة[(٣)] .

أما الشافعي فانه رأى استحباب الوصية فى قليل المال وكثيره الا أنه قيد استحبابها فى المال القليل ،أن لا يستوعب صاحبه الثلث فى وصيته اذا كان ورثته فقراء .

فقد قال[(٤)] فى الأم : " ... فاذا تركهم أغنياء اخترت له أن يستوعب الثلث ،واذا لم يدعهم أغنياء ،كرهت له أن يستوعب الثلث ،وأن يوصي بالشيء حتى يكون يأخذ بالحظ من الوصية ولا وقت فى ذلك الا ما وقع عليه اسم الوصية لمن لم يدع كثير مال ،ومن ترك أقل مما يغني ورثته وأكثر من التافه زاد شيئا في وصيته ولا أحب

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٠ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل ٨/١٦٨ ،وجواهر الاكليل ٢/٣٢٠ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٦/٤١٦ ،وانظر: الانصاف ٧/١٩١ فغيه: " وتكره الوصية لغير من ترك خيرا ،على الصحيح من المذهب " .

(٤) انظر : كتاب الأم ٤/١٠٦ ،وقد ورد فى كتب الشافعية الأخرى مثل ما ورد فى الأم ،وذلك مثل المجموع للنووى ١٥/٣٨ ، فقد ورد فيه : " وان كانت ورثته فقراء ،فالمستحب أن لا يستوفي الثلث ... " .

بلوغ الثلث الا لمن ترك ورثته أغنياء " .

وقد حكى ابن كثير في تفسيره هذا الخلاف فقال[1] : " ... ثم منهم من قال الوصية مشروعة سواء قل المال أو كثر كالوراثة ، ومنهم من قال انما يوصى اذا ترك مالا جليلا ... " وفى بدائع الصنائع يقول الكاسانى[2] : " وأما الكلام فى الاستحباب فقد قالوا : ان كان ماله قليلا ، وله ورثة فقراء ، فالأفضل أن لا يوصي ... " وفى نيل المآرب بشرح دليل الطالب[3] : " وتكره الوصية لفقير أى منه ، قال فى الفروع : وتكره لفقير ، قال جماعة له وارث محتاج ...." وفى الخرشي[4] على مختصر خليل : " وتكره الوصية اذا كانت بمكروه أو فى مال قليل : " كما جاء فى الجامع لأحكام القرآن[5] للقرطبي : " واختار جماعة لمن ماله قليل ، وله ورثة ترك الوصية ، روى ذلك عن علي وابن عباس ، وعائشة - رضي الله عنهم - ... " .

---

(١) تفسير القرآن العظيم ١ / ٢١٢ ، وينظر : أحكام القرآن للجصاص ١ /١٦٣

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٠ .

(٣) انظر : نيل المآرب بشرح دليل الطالب للامام عبد القادر بن عمر الشيباني على مذهب الامام احمد بن حنبل ص ١٥ .

(٤) انظر الخرشي على مختصر خليل ٨ / ١٦٨ .

(٥) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبى ٢ / ٢٦٠ ، ٢٦١ .

وقد استدلوا لذلك : -

أولا : بقوله تعالى في الوصية : " ان ترك خيرا[١] " والمراد[٢] به المال الكثير عرفا ، كما أن المتوسط في المال : هو المعروف في عرف الناس بذلك ، ومن ترك أقل من ذلك ، فانه يعتبر في حكم الفقير ، فلا تستحب في حقه الوصيه .

ثانيا : بما رواه الدارمي[٣] بسنده عن عامر بن سعد عن أبيه قال : " اشتكيت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع حتى اذا أدنفت[٤] ، فدخل علي رسول الله - عليه الصلاة والسلام -

---

(١) البقرة : آية ١٨٠ .

(٢) انظر : الأم ١٠٦/٤ ، وانظر : الانصاف ١٨٩/٧ ، ١٩٠ ، فقد ورد فيه : " قوله : " لمن ترك خيرا وهو المال الكثير " يعني في عرف الناس على الصحيح من المذهب تدمه في الفروع والرعايتين والحاوى الصغير ، وقطع به ، ابن عبدوس في تذكرته .

(٣) انظر : سنن الدارمي ٤٠٧/٢ ، فقد رواه عن يزيد بن هارون عن محمد ابن اسحاق عن الزهرى ، ورواه بطريق اخر بسنده عن أبي الوليد الطيالسي عن همام عن قتادة عن يونس بن جبير عن محمد بن سعد عن أبيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دخل عليه وهو بمكة وليس له الا ابنة ، فقلت له أنه ليس لي الا ابنة واحدة ، فأوصي بمالي كله ؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لا ، قلت فأوصي بالنصف ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم - لا ، قال : فأوصي بالثلث ؟ قال فقال رسول الله - عليه الصلاة والسلام : " الثلث والثلث كثير " .

(٤) الدنف : " محركة المرض الملازم . . . " ودنف المريض كفرح ثقل ، والشمس دنت للغروب واصفرت كأدنف فيهما ، والأمر دنا وأدنفته وأدنفه

يعودني ،فقلت يارسول الله ما أراني الا ألم بي وأنا ذو[1] مال كثير، وانما يرثني ابنة لي ، أفاتصدق بمالي كله ؟ قال : لا ، قلت : فنصفه ؟ قال : لا ،قلت فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث كثير ،انك ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم فقراء يتكففون[2] الناس بأيديهم ..." الحديث .

فقد استكثر منه الثلث مع اخباره اياه بكثرة ماله ،وقلة عياله، فمن باب أولى أن قليل المال ذو العيال ،لاتستحب في حقه الوصية[3] حتى لايتركهم فقراء يسألون الناس بأيديهم ، وقد دل على ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان تترك ورثتك اغنياء خير من أن تتركهم فقراء يتكففون الناس بأيديهم " .

ثالثا : بما رواه الطبري[4] بسنده عن عروة : أن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - دخل على ابن عم له يعوده ،فقال : اني أريد أن أوصي . فقال علي : لاتوص ،فانك لم تترك خيرا فتوصي ، قال : وكان ترك من السبعمئة الى التسعمئة .

رابعا : بما رواه الدارمي[5] عن هشام عن أبيه قال دخل على بن أبي طالب على رجل من قومه يعوده فقال أوصي ؟ قال لا لم

---

(١) ذو مال ،كثير ،لأن التنوين ،لكثرة ،وقد جاء صريحا في بعض طرقه ،ذو مال كثير ،انظر : شرح الموطأ للزرقاني ٣/ ٢٣١ .

(٢) يتكففون الناس أي يسألونهم بأكفهم ، يقال تكفف الناس، واستكف اذا بسط كفه للسؤال ،أو سأل ما يكف عنه الجوع ،أو سأل كفافا من طعام " انظر: نيل الاوطار ٦/ ٤٥ .

(٣) انظر : الكافي ٢/ ٤٧١، ٤٧٥ .

تدع مالا فدع مالك لولدك .

خامسا : ولأن الوصية[1] في هذه الحالة تكون صلة بالأجانب، والترك يكون صلة بالأقارب فكان أولى، وفي ذلك يقول الزيلعي[2] :

" وترك الوصية أفضل اذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون منه، لما فيه من الصلة والصدقة على القريب، يدل لذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " أفضل[3] الصدقة على

---

(١) بدائع الصنائع : ١٠/ ٤٨٤٠، وانظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ .

(٣) روى هذا الحديث من عدة طرق : -

١ - فرواه احمد في مسنده بسنده عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " ان أفضل الصدقة، الصدقة على ذي الرحم الكاشح" أ.هـ ، وكذلك رواه ابن أبي شيبة واسحاق بن راهوية، وابو يعلي الموصلي ... " .

٢ - ورواه احمد في مسنده بسنده عن حكيم بن حزام : أن رجلا سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - : " أي الصدقة أفضل ؟ قال : على ذي الرحم الكاشح " أ.هـ .

٣ - وأخرجه الحاكم في المستدرك عن سفيان بن عيينه عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أمه أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط امرأة عبد الرحمن بن عوف، وكانت قد صلت الى القبلتين مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : قالت : " قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ". أ.هـ وقال حديث صحيح على شرط مسلم، وهذه الرواية هي التي استشهدنا بها هنا، وذكرها الزيلعي في تبيين الحقائق .

==

ذى الرحم الكاشح [1] " وانما كانت كذلك ،لما فيه من مخالفة النفس وقهرها ،ولا كذلك فى ذى الرحم الصديق " .

هذا : ويجدر بنا أن نذكر أنه قد حصل الخلاف فى القدر الذى لا يستحب لمالكه الوصية فيه ،فروى عن علي- رضي الله عنه - : " أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة " .

- وروى عن عائشة - رضي الله عنها - : " أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم ،وأربعة أولاد أفأوصي ؟ فقالت : اجعل الثلاثة للأربعة"
- وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - : " من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصيه ،وقال : " من ترك ستين دينارا ما ترك خيرا " .
- وروى عن أحمد : " اذا ترك الشخص دون الألف لا تستحب له الوصية " .
- وعن طاووس: " الخير ثمانون دينارا " .
- وقال النخعي : " الف وخمسمائة ،وقال : أبو حنيفة " القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما " .
- وروى همام عن قتادة فى قوله تعالى : " ان ترك خيرا " قال كان يقال خير المال الف درهم فصاعدا .

== ٤ - ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام فى كتاب الأموال فى باب الصدقه بسنده ، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل أى الصدقة أفضل ؟ فقال : " الصدقة على ذى الرحم الكاشح " أ. هـ . . " انظر: نصب الرايه لأحاديث الهداية للزيلعى ٤/٤٠٥ ، ٤٠٦ .

(١) " الكشح " ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف . وطوى كشحه على الأمر أضمره، وستره . . ج كشوح وبالتحريك داء فى الكشح يكوى منه
==

- وقال الزهرى : الوصية واجبة فى قليل المال وكثيره ،نقل ذلك عنه الطبرى فى تفسيره ،وقال عنه بأنه هو الصواب من هذه الأقوال ،وعلل ذلك : "بأن قليل المال وكثيره يقع عليه خير وان الله لم يحدد بذلك حدا ،ولا خص منه شيئا"(1)،ولكن الجصاص(2) فى تفسيره تولي مناقشة هذه الأقوال بقوله : " وكل هؤلاء القائلين ،فانما تأولوا تقدير المال على وجه الاستحباب لا على وجه الايجاب للمقادير المذكوره ،وكان ذلك منهم على طريق الاجتهاد فيما تلحقه هذه الصفة من المال ،ومعلوم فى العادة أن من ترك درهما لا يقال ترك خيرا ،فلما كانت هذه التسمية موقوفه على العادة وكان طريق التقدير فيها على الاجتهاد وغالب الرأى مع العلم بأن القدر اليسير لا تلحقه هذه التسمية وأن الكثير تلحقه ،فكان طريق الفصل فيها الاجتهاد وغالب الرأى مع ما كانوا عرفوا من سنة النبى - صلى الله عليه وسلم - وقوله : " الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس " .

== أو ذات الجنب ، والكاشح مضمر العداوة ،وكشح له بالعداوة عاداه ككاسحه ،والقوم فرقهم ،والدابة أد خلت ذنبها بين رجليها ...وتكشحها جامعها .. " انظر : القاموس المحيط ٢٤٥/١ ،مادة "الكشح "
وقد قيل ان المراد بالكاشح الذى عرض وولاك كشحه .

(1) انظرجامع البيان للطبرى ٣٩٤/٣ ،ومابعدها ،وانظر : تفسير بن كثير ١٦٣/١ ،والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٠/٢ ، ٢٦١ . وانظر : المغني والشرح الكبير ٤١٦/٦ ،وأحكام القرآن للجصاص ١٦٣/١ .

(2) أحكام القرآن للجصاص ١٦٣/١ .

ولكن المختار ،الذى يتفق مع الواقع ،ويعضده الدليل ،وهو ما اختاره ابن قدامة فى المغني : أنه اذا كان ما تركه الشخص لا يفضل عن غنى الورثة ،وأوصى ،فان وصيته غير مستحبه وذلك لأن النبى - صلى الله عليه وسلم - علل المنع من الوصية بقوله[1] : " انك ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم فقراء " فاذا أوصى من كان فقيرا بحيث لا يزيد عن غنى الورثة ،بل انهم فى حاجة يكون قد تركهم لمذلة السؤال ،وبسط الأكف للناس ،ولأن اعطاء القريب المحتاج ،خير من اعطاء الأجنبي ،فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيتهم اياه ،فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم[2] ،ولذلك يقول الشعبي[3] : " ما من مال اعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس " ويقول الشنشورى[4] : " وفى أمال السرخسي رحمه الله تعالى ان من قل ماله وكثر عياله يستحب له أن لا يفوته عليهم بالوصية " وعلى ذلك ،فان الحال تختلف باختلاف الورثة فى كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم ،ففى[5] جواهر الاكليل : " وان أوصى للأقارب أو الأرحام أو الأهل له أو لغيره أوثر - خص - المحتاج الأبعد فى القرابة من غيره لشدة فقره أو كثرة عياله بالزيادة على غيره لا بالجميع ،فالمحتاج الأقرب علم ايثاره بالأولى فى كل حال " .

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤١٦ ، ٤١٧ ، وانظر: كشاف القناع ٤/ ٣٣٩

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤١٧ ،فقد اقتبسه ابن قدامة .

(٤) انظر: التركة للكشكى ص ١٥٢ ، فقد اقتبسه .

(٥) انظر : جواهر الاكليل ٢/ ٣٢٠ .

الفصل الثالـــــث

شـروط الموصى لـــه

وفيـه مباحــث :

* المبحث الأولـــ : وجود الموصى له عند الوصية .

وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : الوصيـة للحمل
- المطلب الثاني : الوصية لمعين ، ولغير معين .

* المبحث الثاني : الوصيـة للمعـدوم
* المبحث الثالث : الوصية للمحصورين ولغير المحصورين
* المبحث الرابع : الوصيـة للجهات .
* المبحث الخامس : الوصية للأصناف المختلفة
* المبحث السادس : ألا يكون الموصي له قاتلا للموصى
* المبحث السابع : ألا يكون الموصى له وارثا للموصى ان كان ثمة وارث ولم يجز الوصية
* المبحث الثامن : وقت اعتبار الموصى له وارثا .
* المبحث التاسع : الوصية للذمي وللحربـــي .
* المبحث العاشر : ان يكون الموصى له أهلا للتملك والاستحقاق

الفصل الثالث

شروط الموصى له

وفيه مباحث : **المبحث الأول**

وجود الموصى له عند الوصية

وفيه مطالبان : **المطلب الأول**

الوصية للحمل

اتفق الفقهاء[(١)] على جواز الوصية للحمل ،وذلك لأنها استخلاف من وجه ،لأنه يجعله خليفته في بعض ماله ،والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا الوصية ،اذ هي أخت الميراث ،غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك[(٢)] الاختياري ،ولأن الوصية أوسع في باب الخلافة من الميراث ،فانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث ،وقد حكى الشيخ محمد أبو زهره اجماع[(٣)] الفقهاء على ذلك ،وفي ذلك يقول ابن قدامة في المغني : " وأما الوصية للحمل فصحيحة لا نعلم فيه خلافا ..."[(٤)] .

---

(١) انظر: المغنى والشرح الكبير٦/ ٤٧٤، ٤٧٥، وانظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦ .

(٢) بخلاف الهبة ،فهي تمليك محض، ولا ولاية لأحد عليه حتى يملكه شيئا . ينظر: تبيين الحقائق الجزء والصفحة نفسا هما .وانظرحاشية بن عابدين ٦/ ٦٥٣ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ص ٨٥ .

(٤) وبذلك قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي " ينظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٧٤ .

واذ تبين لنا مما تقدم ،أن الفقهاء قد أجمعوا على صحة الوصية للحمل ،نقول ،انهم قد أجازوا ذلك بشروط ،كانت محمل اختلاف بينهم ،ونبين ذلك على الوجه الآتي :

أولا : الحنفية :

اذا تحقق من وجود الحمل شرعا ،فان الوصية له تعتبر صحيحة ،كما أن تحقق وجوده فى هذا الوقت يكون فى حالتين :

الأولى : أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة ،أو حكما فى عدة الطلاق الرجعي ،وفى هذه الحال اما أن يقر الموصى بأن زوجته حامل أولا ،فان لم يقر بأنها حامل ،فانه يجب عليها حينئذ ،أن تجيء به أمه لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ،لأنه لو ولد لستة أشهر أو أكثر أحتمل وجوده،وعدمه فلا تصح له الوصيه ،بناء على أن أقل مدة الحمل عند الفقهاء ستة أشهر ،فاذا ولدته لأقل من ستة أشهر ،تيقنا وجوده عند وجود الوصية ،اذ المرأة " لا تلد لأقل من ذلك".(١)

---

(١) ذكر الكاساني أن هناك روايتان : احداهما أن تحقق وجود الحمل معتبر من وقت موت الموصي فى ظاهر الرواية ،والثانية ،أنه معتبر من وقت وجود الوصية ،وهذه رواية الطحاوى. وهى التى ذكرناها ،على أن الأمر سيان ،متى تحققنا أن الحمل ولد لأقل من ستة أشهر، اذ أن الكاساني ذكر الروايتين دون ترجيح احداهما على الآخرى بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٥٠،وانظر : عقد الوصية ص ٥٥ .

فان أقر الموصي بأنها حامل ،ثبتت الوصية له ان وضعته مابين سنتين من يوم أوصى ،لأن وجوده فى البطن عند الوصية ثبت باقراره ،وهو غير متهم فيه ،لأنه موجب له ما هو خالص حقه بناء على هذا الاقرار ،وهو الثلث ،فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر .

الثانية : اذا كانت الحامل معتدة حين الوصية من طلاق بائن ، أو متوفى عنها زوجها ،فانه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتي به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الموت ،ولو جاءت به لستة أشهر فصاعدا من وقت الوصية ،لأنه بذلك يثبت وجوده وقت الوصية حكما يدل لذلك أن النسب انما يثبت من جهة المطلق أو المتوفى ،باعتبار العلوق به قبل الطلاق ،أو قبل الوفاة .

وهذا مبني على أن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان ،والفرق بين الحالتين أنه فى الحالة الأولى ،لما كان الوطء حلالا ،والزوج متمكن منه ،أحيل بالعلوق الى أقرب الأوقات ،وذلك أنه لايتيقن بوجود الحمل الا اذا أتت به لأقل من ستة أشهر ،بخلاف الحالة الثانية ،وهى حالة الطلاق أو الموت ، فانه يحال بالعلوق الى أبعد الأوقات حملا لأمرها على الصلاح .

هذا ،وان اعتبار مدة الحمل - بأقل من ستة أشهر كما فى الحالة الأولى ،غير مسلم به ،وذلك لأن الأحكام لا تبنى على النادر القليل وانما ينبغى أن تبني على الغالب الكثير ،وهو تسعة أشهر ،وذلك فى حالة ما اذا كانت الزوجية قائمة ،وبهذا

يحكم بصحة الوصية للحمل حال قيام الزوجية اذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية .

كما اشترط الحنفية لصحة الوصية للحمل ،واستحقاقه الموصى به أن تضعه أمه كله أو أكثره حيا ،وقت موت الموصي ،فلو قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانه ،فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي ولدا ميتا ،لم يستحق الموصى به لأن الميت ليس من أهل استحقاق الوصية ،كما أنه ليس من أهل استحقاق الميراث ،لكن لو ولدت ولدين أحدهما حيا ،والآخر ميتا ،استحق الحي الوصية جميعها ،وذلك لأن الميت لا يصلح لوضع الوصية فيه .

كما اشترطوا لصحة الوصية للحمل أن يولد على الصفة التي أرادها الموصى ،فلو عينه حين الوصية ،بأن نسبه الى شخص بعينه كأنه يقول : " أوصيت بهذه الدار لحمل فلانه من فلان فانه يحتاج الموصى له حتى يستحق الموصى به ،ثبوت نسبه من ذلك الشخص المعين حسب ما اشترطه الموصي ،ومثل ذلك ما لو قال : " ان كان الذى فى بطن فلانه غلام فله الفان ،وان كان جارية فلها الف ،فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شيء من الوصية ،لأنه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما في البطن بقوله : "ان كان الذى فى بطنها كذا ،فلها كذا ،وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن ،بل بعض ما فيه ،فهو كقوله : "ان كان ما فى بطن فلانه أو جميع ما فى بطنها" .
فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية فى كل واحد منهما

فلا يستحق أحدهما شيئا[1] .

ثانيا : مذهب المالكيـة :

صحح المالكية الوصية للحمل الموجود ،أو الذى سيوجد ،فـاذا قال : " أوصيت بكذا لمن سيوجد لفلان من أولاده ،فانه يشمل من كان حملا فى بطن أمه ، كما يشمل من سيوجد مستقبلا ،فيؤخر الموصى به للحمل اذا لم يكن موجودا ،ويعطى الحمل ان كان موجودا بعد وضعه بشرط أن يستهل صارخا عقب ولادتـه ، فان لم يستهل لم يستحق الموصى به ،وذلك لأن نزوله مستهلا شرط لاستحقاقه[2] الموصى به لا لصحة الوصية ،فلو نزل ميتـا ، أو حيا حياة غير مستقرة ،فانه لا يستحق الموصى به ،ويرد الى ورثة الموصي .

هذا : وان أوصى لحمل امرأة ،فوضعت أكثر من واحد ، فانـه يقسم الموصى بـه على عددهم بنسبة واحده ،ولو كان بعضهم ذكرا وبعضهم أنثى ،وهذا فى حال اطلاقه ،فان كان نص على التفضيل ،عمل بنصه ،ووزع الموصى به عليهم

---

(١) انظر : المصدرين السابقين ،وانظر : المبسوط ٢٨/ ٨٦، ٨٧ . وانظر : حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٥٣ ،وانظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦ ،وانظر: بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٥١ ومابعدها .

(٢) وهذا ما قرره بعض المالكية ،ومنهم من قال هو شرط فى الصحة فان لم يستهل بطلت ،فعلى التقرير الأول الصحة حاصلة بمجرد الوصية ،والموقوف على الاستهلال هو استحقاق الموصى به ،وأما على التقرير الثاني فان الصحة لا تحصل بمجرد الوصية ،بل هى موقوفه على الاستهلال ،وقد انبنى على هذا الخلاف فى غلة الموصى بـه =

حسب ميراثهم[١] ،ومن هنا يتضح لنا أنهم قد أجازوا الوصية للذى سيحدث ،وهو مالم يقل به غيرهم[٢] من الفقهاء كالحنفية .

ثالثا : مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى صحة الوصية للحمل ،كأن يقول :

" أوصيت لولد فلان الذى فى بطن أمه بكذا ،وذلك بشرطين :

الأول : أن ينفصل حيا حياة مستقرة ،فلا يكفى خروج اكثره أوبعضه حيا ،كما هو قول الحنفية ،فان نزل ميتا ،فلا تصح له الوصية .

الثاني : أن يعلم وجوده حال الوصية ،وذلك بانفصاله من أمه لأقل من ستة أشهر ،وكذا لأقل من أربع سنين ،وذلك فيما اذا لم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد ،وكذا يعلم وجوده، بانفصاله بالمدة المذكورة اذا كانت فراشا[٣] له لأقل من ستة أشهر لأن الظاهر وجوده عندها لندرة وطء الشبهه ،وفى تقدير الزنا

== قبل الوضع ،فقيل تكون لورثة الموصي ،وقيل توقف ،فتدفع للموصى له اذا استهل كالموصى به ،كما اختلفوا ايضا ،فيما اذا أوصى لولد فلان ومن يولد لولده ،فدخل الموجود من الأحفاد يوم الوصية ،ومن سيوجد منهم ،هل يستبد الموجود بالغله الى أن يوجد غيره فيدخل معه . أو يوقف الجميع الى أن ينقطع ولادة الولد ،وحينئذ يقسم الأصل والغلة فمن كان حيا أخذ حصته ،ومن مات أخذ ورثته حصته؟ فبالأول أفتى أكثر أئمتهم .

أنظر : جواهر الاكليل ٢ / ٣١٧ ،وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٧٦ ،٣٧٧ .

(١) المصدران السابقان . وانظر: الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٠ . (٣) كأن تكون متزوجة .

اساءة ظن ،أما اذا لم تكن فراشا قط ،فلا تصح الوصيه، قاله السبكى ،ونقله غيره عن الاستاذ أبي منصور ،ولأن الشافعية يرون أن أقصى مدة الحمل أربع سنين فانهم قالوا : " فان انفصل لأربع سنين فأكثر ،أو لستة أشهر فأكثر ،وكانت فراشا لزوج أو سيد ، ستة أشهر فأكثر ،لم تصح الوصية له ،لعدم وجوده عندها فى الأولى ،واحتمال حدوثه بعدها فى الثانيه والأصل عدمه عندها[1] " وقد علق شارح روض الطالب على ما ذكر فقال[2] : " واعلم أن ما ذكره من الحاق الأربع سنين بما فوقها ،خلاف ما ذكره الأصل ،وغيره من الحاقها بما دونها وأن ما ذكره من الحاق الستة أشهر بما فوقها ،هو ماذكره الأصل وغيره ثم قال : " لكن صوّب الأسنوى وغيره الحاقها بما دونها ،اذ لابد من تقدير زمن يسع لحظتي الوطء والوضع كما ذكروه في العدد " .

رابعا : مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة ايضا الى مثل ما ذهب اليه من قبلهم من الفقهاء وهو صحة الوصية للحمل ،وذلك بشرطين : -

الأول : أن يولد حيا حياة مستقرة ،فان انفصل ميتا ،بطلت الوصية ،لأنه لا يرث ،ولأنه يحتمل الا يكون حيا حين الوصيه

---

(١) انظر : شرح روض الطالب من اسنى المطالب ٣/ ٣٠ ،وانظر: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٢/ ١٣ .

(٢) انظر : شرح روض الطالب من اسنى المطالب ٣/ ٣٠ .

فلا تثبت له الوصية ولا الميراث بالشك ،وسواء مات لعارض من ضرب البطن ،أو شرب دواء أو غيره .

الثانى : أن يحكم بوجوده حال الوصية ،وبيان ذلك : "أن المرأة ان كانت فراشا لزوج متمكن من قربانها ،فانه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتي به لستة أشهر فأقل للعلم بوجوده حين الوصية ،وان أتت به لأكثر منها ،لم تصح الوصية له لاحتمال حدوثه بعد الوصية[1] ،كما اشترطوا ايضا فيما اذا أوصى رجل لحمل امرأة من زوجها المعين ،الحاقه به وثبوت نسبه منه فان انتفى باللعان أو بدعوى الاستبراء ،لم تصح الوصية له، لعدم ثبوت نسبه المشروط فى الوصية .

أما اذا كانت فراشا لزوج لايقر بها ،لكونه غائبا فى بلد بعيد أو مريضا ،مرضا يمنع الوطء ،أو كان أسيرا ،أو محبوسا ،أو علم الورثة أنه لايطؤها وأقروا بذلك .

فان الحنابلة لايفرقون بين هذه الصور ،وبين حالة من يطؤها ، لأنهما لم يفترقا فى لحوق النسب بالزوج ،فكانت فى حكم من يقربها ،وفى ذلك يقول ابن قدامة فى المغني[2] : " ويحتمل أنه متى أتت به فى هذه الحالة لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودا حال الوصية ،مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ،أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ،أو أتت به على وجه

---

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٦/٤٧٥ .

(٢) المصدر السابق ٤٧٦ .

يغلب على الظن أنه كان موجودا بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصية له ،ولأن الحنابلة يرون أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ،فانهم قالوا : " اذا كانت المرأة بائنا ،فأتت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ،لم تصح الوصية له وان أتت به لأقل من ذلك ،صحت الوصية له ،لأن الولد يعلم وجوده اذا كان لستة أشهر ،ويحكم بوجوده اذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة ،وهذا مذهب الشافعي وقد تقدم بيانه ،وهذا الحكم مبني على أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ،فى مذهب الحنابلة والشافعية ،على أن هناك وجه آخر عند الحنابلة ،وهو أن المرأة الحامل اذا أتت به لأكثر من سنتين ،وكانت بائنا ،فان الوصية لا تثبت له ،وهذا الوجه مبني على أن أكثر مدة الحمل سنتان[1] .

هذا ويحسن بنا أن نشير الى أن الحنابلة قد وافقوا غيرهم من الفقهاء فى مسائل تتعلق بالوصية للحمل ،فمنها مالو أوصى شخص لحمل امرأة ولم يعين ان كان ذكرا أو انثى فولدت ذكرا وأنثى ،فان الوصية لهما بالسوية ، لأن ذلك عطية وهبة ، فأشبه مالو وهبهما شيئا بعد ولادتهما ،الا إن نص على التفضيل ،فيعمل بنصه ،وقد وافقوا بذلك المالكية ،ولو قال : " ان كان حملها ،أو ان كان ما في بطنها غلاما فله ديناران ، وان كانت جارية ،فلها دينار فولدت أحدهما منفردا ،فله وصيته ،

---

(١) المصدر السابق .

وان ولدت غلاما وجارية ،فلا شئ لهما ،لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ،ولا كل ما في البطن ،وقد قال بهذا الحنفية والشافعية وأبو ثور[1].

مسلك قانون الوصيه المصرى :

بين قانون الوصية حكم الوصية للحمل فى مادته[2] الخامسة والثلاثين فقال : " تصح الوصية للحمل فى الأحوال الآتية : -

١ - اذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية ،وولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .

٢ - اذا لم يقر الموصي بوجود الحمل ،وولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة ،فتصح الوصية اذا ولد حيا لخمسة وستين وثلثمائة يوم من وقت الموت أو الفرقة البائنة ..."

ومما يتضح من هذا النص ،أن القانون لم يأخذ بالمذاهب الأربعة ،وانما أخذ بما ذهب اليه محمد بن عبد الحكم من المالكية ورأى الأطباء ،وذلك حينما اعتبر أن الولادة المثبتة لصحة الوصية هى ما كانت لتسعة أشهر أو سنة ،وأنه اذا ولد الحمل لأكثر من سنة فلا يستحق شيئا[3] ، وفى ذلك يقول الشيخ

---

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٧٤ - ٤٧٥، ٤٧٦ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٩ / ٢٨٠ .

(٣) انظر : عقد الوصية ٥٨ .

محمد ابو زهرة : " وانما جعل القانون المصرى أقصى مدة لثبوت الحمل هى ٣٦٥ أى سنة شمسية ،لأن الأطباء قرروا أن الحمل لا يمكن أن يستقر فى بطن أمه أكثر من خمسة وستين يوما وثلاثمائة ،وان ذلك يتفق مع رأى محمد بن عبدالحكم من فقهاء المالكية ،فانه جعل أقصى مدة الحمل سنة ،وكذلك رأى بعض الحنابلة ، غير أن السنة تحتسب عند هؤلاء بالسنة الهلالية ".[1]

كما أن القانون قد أخذ بمذهب غير الحنفية عندما اشترط لصحة الوصية للحمل أن يوجد كله حيا حياة مستقرة[2] ، أى متيقنه غير مشكوك فيها ، فان ولد ميتا ولو بجناية على أمه ،أو كانت ولادته غير مستقرة ،فانه لا يستحق الموصى به ،ويكون لورثة الموصى ،وهذا مذهب الأئمة الثلاثة ،مالك ، والشافعي ،وأحمد وهذا ما صرحت به المذكرة التفسيرية حيث قالت[3] :

" مذهب الحنفية الذى جرى عليه العمل من قبل أنه يكفى فى حياة الحمل الموصى له ،أن يولد أكثره حيا ،وقد رئي من

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٨٧ .

(٢) تثبت الحياة المستقرة بوجود الأعراض الظاهره للحياة ،كالبكاء والصراخ والشهيق ،والعطاس، وتحرك الأعضاء فاذا لم يوجد شئ من هذه الأعراض ،فانه يرجع الى أهل الخبرة من الأطباء ،لمعرفة حياته بعد ولادته ،المصدران نفساهما .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٨٩ .

المصلحة ،العدول عن مذهب الحنفية الى مذهب الشافعي الذى يشترط في الحياة ،أن يولد الحمل ،وبه حياة مستقرة.."

كما أن القانون اشترط لصحة الوصية للحمل فيما اذا كان معينا مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين ،وتوقف غلة الموصى به الى أن ينفصل الحمل حيا ،وحينئذ تكون له ،جاء ذلك صريحا فى فقرته الثالثة[1] من المادة الخامسة والثلاثين ونصها : " واذا كانت الوصية لحمل معين ،اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ،ثبوت نسبه من ذلك المعين " هذا فيما اذا أتت الموصى لحملها ،بواحد ،أما اذا تعدد الحمل ،بأن ولدت أكثر من واحد ،فانه يقسم الموصى به بينهم بالتساوى بلا فرق بين الذكر والأنثى ،متى توافرت الشروط السابقة الا أن يكون الموصي نص على خلاف ذلك فى الوصية ،فان انفصل أحد الحملين ميتا ،والآخر حيا حياة مستقرة ،استحق الحي الموصي به ،دون الأول ،لموته ،ويلاحظ أن القانون فى تلك الأحكام قد جاء متفقا مع مذهب الحنفية ،فقد نص فى المادة (٣٦)[2] على أنه : " اذا جاءت الحامل في وقت واحد ،أو فى وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر ،كانت الوصية بينهم بالتساوى ،الا اذا نصت الوصية على خلاف ذلك ،واذا انفصل احدهم غير حي أستحق الحي منهم كل الوصية ،وان مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته فى الوصية بالأعيان ،وتكون لورثة الموصي فى الوصية بالمنافع " .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٨٥ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

المطلب الثانـــي

الوصية لمعين ،ولغير معـين

اتفق الفقهاء على صحة الوصية للموصى له المعين بالاسـم أو الاشارة اذا كان موجودا وقت الوصية ،وذلك لأن الايجاب قـد انعقد على فرض وجوده ،فاذا تبين خلاف ذلك ،بطل الايجاب ، لكونه مرتبطا به ،يضاف الى ذلك أن فى تعيين الموصى له بالاسم أو الاشارة ،دلالـة على وجوده وقت الوصية ،اذ لا يتصور ذلك وهـو غير موجود ،وسواء كان ذلك واحدا أو متعددا ،فلو أوصى بالثلـث لبني فلان ،وسماهم ،أو أشار اليهم ،اشترط وجودهم وقت الايجاب ومن مات منهم قبل موت الموصي لم يستحق شيئا فى الوصية ،فقـد جاء فى مواهب الجليل[1] : " اعلم أن الموصى له اذا كان معينـا كفلان ،أو أولاد فلان وسماهم ،فلا خلاف فى أن الموصى بـه يقسـّم بين الجميع بالسوية ،يختصون به ،ومن مات منهم ،أى بعد الوفـاة والقبول فلوارثه حصته، ومن ولد أى بعد الايصاء لم يدخل فـى الوصية ،لأنها تختص بالموجود منهم حين الايصاء ،لأنهم معينون ".

فاذا كانت الوصية لمعين بشخصه بالاسم أو الاشارة أو بالوصـف القاصر المميز له عن غيره ،فاما أن تكون بالاعيان واما أن تكون بالمنافع

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٦/ ٣٧٤ ،وانظر : اسنى المطالب ٣/ ٣٠ ، وعقد الوصيـة ٤٨ .

فاذا كانت الوصية له بالأعيان واستحق الوصية ،فان الملك يثبت له في الموصى به من الوقت الذى حدده الموصى ،وان لم يحدد فمن وقت الوفاة ،فان مات بعد استحقاقه ،فانه ينتقل الموصى به بالارث الى ورثته قياسا على سائر املاكه الآخرى،لكن لو بطل حقه بأن مات في حياة الموصي ،أورد الوصيه بعد وفاته فان نصيبه يعود الى تركه الموصي ،فلو أوصى شخص بدار تخرج من ثلث تركته بنصفها لمحمد ،وبنصفها لكل من زيد ومحمود ،ثم مات محمد ،قبل أن يموت الموصى ،أورد محمد الوصية بعد وفاة الموصي ،فان النصف الذى أوصى به لمحمد يعود الى تركة الموصي ولا يستحق زيد ومحمود الا النصف .

وبهذا أخذ قانون الوصية المصرى في مادته[1] الثالثة والثلاثين قائلا : " اذا كانت الوصية للمعينين عاد الى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة ،ويلاحظ أن هذه المادة مأخوذة مما هو مقرر في مذهب أبي حنيفة ، الا فيما يتعلق بمآل الوصية عند بطلان استحقاق الموصى له المعين ،فان القانون قد أطلق في ذلك ،ففي كل حالة لا يكون فيها الموصى له المعين أهلا للوصية عند الوفاة يعود ما أوصى به له الى تركة الموصي ،وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الشافعية .[2]

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٩ .

(٢) المراجع السابقة .

أما اذا كانت الوصية لغير معين ،بأن كان معروفا بالوصف كالطلبة المحتاجين في بلدة كذا ،فان الفقهاء قد اختلفوا في ذلك .

فالذى عليه الجمهور هو اشتراط وجوده وقت موت الموصي فقط وذلك لأن الايجاب صدر صحيحا في ذاته لعدم ارتباطه بمعين، وانما اشترط وجوده في ذلك الوقت ،لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ،والتمليك للمعدوم لا يجوز قياسا على الميراث ،فانه لا يثبت الا لمن كان موجودا عند وفاة الموصي دون المعدوم ،فالوصية كذلك لأنها أخت الميراث[1]. ثم ان وجود الموصى له حين الوصيه أعم من الوجود الحقيقي ،وهو التعيين بالاسم والاشارة ،ومن الوجود التقديرى كما في الحمل المعين ،فان الوصية له صحيحة متى تحقق وجوده شرعا ،وقت الوصيه وبيان تحقق وجوده قد مضى عند الكلام على الوصية للحمل ،في المطلب الأول .

فلو أوصى شخص لبني فلان بالثلث من ماله ،ولم يسمهم ولم يشر اليهم ،وكانوا محصورين ،فانه يستحق الوصية منهم من كان موجودا وقت موت الموصي سواء أكانوا موجودين وقت الوصية أم لا .

أما المالكية فلم يشترطوا وجود الموصى له غير المعين وقت الوصية ولا وقت موت الموصي ،فصححوا بذلك الوصية للمعدوم .

---

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤٧٦ ،وانظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٠ .

وقد أخذ قانون[1] الوصية المصرى بمذهب المالكية فلم يشترط وجود الموصى له غير المعين حيث قال فى مادته السادسة من الفقرة الثانية : " يشترط فى الموصى له : ......

٢ - أن يكون موجودا عند الوصية ان كان معينا ، فان لم يكن معينا لا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى "[2] فاطلاق هذه المادة فى حالة ما اذا كان الموصى له غير معين يشمل ما اذا كان الموصى له غير المعين محصورا أو غير محصور ، لأن المطلق يجرى على اطلاقه " .

....

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٢٧٤ .

(٢) انظر : الوصية ص ٥٣ ، وانظر : جواهر الاكليل ٣١٧ ، وبدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٣ ، وانظر : عقد الوصية ص ٤٨ .

المبحث الثاني

الوصية للمعدوم(١)

تقدم لنا أن الفقهاء ،قد اشترطوا لصحة الوصية للموصى له المعين بالاسم أو الاشارة أن يكون موجودا وقت انشاء الوصية ،كما تقدم لنا ايضا أنهم قد اشترطوا كذلك لصحة الوصية لمعين بالوصف كفقراء هذه البلدة مثلا ،وجوده وقت وفاة الموصي ،وهذا باتفاق لكن الذى حصل فيه الخلاف ،اذا لم يكن الموصي له موجودا وقت وفاة الموصي .

فالذى ذهب اليه الجمهور من الفقهاء أن الوصية لموصى له ليس موجودا وقت وفاة الموصي باطله ، كمن أوصى لمن سيولد لفلان ،ثم مات الموصي قبل أن يولد الموصى له ،فان الوصية باطلة .

وفى ذلك يقول الكاساني(٢) : " وأما الذى يرجع الى الموصى له، فمنها أن يكون موجودا ، فان لم يكن موجودا ،فلا تصح الوصية، لأن الوصية للمعدوم لاتصح " وقد ذكر أن اعتبار وجوده من وقت موت الموصي كما هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ،وقد ورد فى المغنى(٣) لابن قدامه ،ونهاية المحتاج(٤) للرملي مثل ذلك .

---

(١) المعدوم يراد به من لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية وكان ممكن الوجود في المستقبل ،وليس المراد من كان موجودا ثم انعدم .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٠ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٧٦ .

(٤) انظر : نهاية المحتاج للرملي ٦/٤٣ .

وأما المالكية ،فقد صححوا الوصية للمعدوم ،اذ لم يشترطوا وجود الموصى له وقت الوصية ولا وقت موت الموصي ،فيجوز عندهم الوصية للمعدوم ولو لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية ،ويحتمل أن يوجد فى المستقبل سواء وجد عند الوفاة أو لم يوجد الا بعدها.(١)

الأدلة والمناقشة

أولا : استدل المالكية لما ذهبوا اليه بأن الوصية كالوقف ،والوقف على من سيحدث فى المستقبل جائز ،فكذلك الوصيه ،لاسيما وأن الفقهاء قد قالوا بجوزا الوصية بالمعدوم والمجهول الذى سيوجد عند الوفاة ،فأجازوا فيها مالم يجيزوا فى غيرها تسامحا منهم فى القواعد بشأنها ،فكان الأولى ايضا التوسعة باجازة الوصية للمعدوم الذى سيوجد فى المستقبل(٢).

ونوقش هذا الدليل : بأن الوصية أجريت مجرى الميراث ،والميراث لا يثبت الا لمن كان موجودا عند وفاة الموصي ،فكذلك الوصية والوقف يراد للدوام فكان من ضرورته اثباته للمعدوم ،وأيضا لا يلزم من القول بجواز الوصية بالمعدوم القول بجوازها له ،لامتلاكه

---

(١) وقد قال بصحة الوصية للمعدوم ايضا بعض الشافعية ،اذا كان تابعا للموجود ،ففي نهاية المحتاج للرملي "... نعم يقاس مامر فى الوقف أنه لو جعل المعدوم تبعا للموجود كأن أوصى لأولاد زيد الموجودين ومن سيحدث له من الأولاد صحت تبعا لهم ... " أما لو قال : " أوصيت لمن سيحدث لفلان من الأولاد ،فلا يصح ،لأن الشرط أن يكون الموصى له ممن يتأتى له الملك ،والمعدوم لا يتأتى له ذلك .
انظر: نهاية المحتاج ٦/ ٤٣ .

(٢) انظر: شرح قانون الوصية ص٤٨، والمغنى والشرح الكبير٦/ ٤٧٦ .

الموصى به المعدوم ، فلم يعتبر وجوده [١] ، كاعتباره حال الوصية له ، وفي الفرق بين الوصية للمعدوم والوقف يقول الرملي [٢] :

" واعتمد جمع الفرق بأن من شأن الوصية أن يقصد معها معين موجود ، ولا كذلك الوقف ، لأنه للدوام المقتضي لشموله للمعدوم ، ابتداء ، وقالوا انها للتمليك ، وتمليك المعدوم ممتنع ، كما صرح به الرافعي تعليلا للمذهب من بطلان الوصية لما ستحمله هذه المرأة " .

ثم استدرك على هذا الفرق فقال : " ولا يرد على المصنف صحتها مع عدم ذكر جهة ولا شخص كأوصيت بثلث مالي ، فيصرف للفقراء والمساكين ، أو بثلثه لله ، فيصرف في وجوه البر ، لأن من شأن الوصية أن يقصد بها أولئك ، فكان اطلاقها بمنزلة ذكرهم ، ففيه ذكر الجهة ضمنا ، ثم قال [٣] : " وبهذا فارقت الوقف ، فانه لا بد فيه من ذكر المصرف ... " .

ثانيا : واستدل الجمهور لعدم جواز الوصية للمعدوم ، بأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ، والتمليك للمعدوم غير صحيح ، كما استدلوا بما ناقشوا به دليل المالكية الذى ذكرناه آنفا .

وبالموازنة بين الرأيين ودليليهما يتضح لنا قوة رأى الجمهور .

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٧٦ - ٤٧٧ ، وانظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٨٤ .

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٦/ ٤٣ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ، بتصرف .

هذا وقد أخذ قانون الوصية المصري بمذهب المالكية فأجاز الوصية للمعدوم سواء كانت له وحده ، أو مع موجود محصور ، كأن يوصي لأولاد شخص فلان الذين ينتسبون اليه في الحال وفي المستقبل ، فانه يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت انشاء الوصية ومن يكونون بعد ذلك ، وقد أجاز الوصية للمعدوم بالأعيان والمنافع ، وبين أحكامها[1] في مواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، وقد اعتبر الوصية بالأولى تمليكا تاما عند توافر شروطها ، واعتبر الثانية تمليكا ناقصا ، وفي اجازة قانون الوصية للمعدوم يقول الشيخ على الخفيف[2] : " اختار المقنن المصرى مذهب المالكية ، فأجاز القانون الوصية لمعدوم سيوجد ... مخالفا في ذلك مذهب الجمهور الذى يقضي ببطلان الوصية للمعدوم " .

ثم ناقش ما ذهب اليه القانون من القول بجواز الوصية للمعدوم قائلا : " وعلى ذلك يجب التساؤل عمن يكون منه قبول الوصية في حالة ما اذا كان الموصى له غير موجود عند وفاة الموصي ثم وجد بعد ذلك ؟ وقد أجاب عن ذلك على لسان القانون قائلا : " والذى يقتضيه النظر هو أن القانون مطلق في عبارته وأن الموصى له اذا وجد بعد وفاة الموصي لم يعد أن يكون موصى له موجودا أوصى له فتطبق عليه أحكام القانون السابقة من وجوب قبوله اياها لتصير لازمة اذا كان معينا يتأتي منه القبول

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٨ .

(٢) انظر : أحكام الوصية للشيخ / على الخفيف ص ٦٤ - ٦٥ .

شخصيا ،أو قبول وليه أو وصيه عند وجوده اذا وجد وليس له ولاية كاملة ،أو كان محجورا عليه لسفه أو غفله ،وعدم احتياج الوصية له فى لزومها الى قبول اذا كان جهة ليس لها من يمثلها " . وقد استنكر أن تكون الوصية فى هذه الحالةوبهذه الصور وصية قائلا : " وبعيد أن تعد الوصية فى هذه الحالة على جميع أوضاعها وصورها وصية لجهة ليس لها من يمثلها" وقد علل ذلك بقوله : " لأن لفظ الجهة .. لا يستعمله القانون فى لغته الا فى الدلالة على المنشآت ،أو جهات البر ،دون الدلالة على الاشخاص وليس يتفق مع نهج القانون ومبادئه أن يملك شخص بعد وجوده مالا رغم أنفه " .

الوصية للميت :

أجاز الامام مالك فى الأقوال المشهورة عنه الوصية للميت ، ان علم الموصي بموته وقت الوصية ،وتكون لورثته بعد قضاء ديونه ، وتنفيذ وصاياه ،لأن الغرض نفعه بها ،فان لم يكن له وارث وليس عليه ديون ولا وصايا ،فانها تبطل ،لاستحالة تنفيذها ، أما اذا كان الموصي لا يعلم بموت الموصى له وقت الوصية ،فانها لا تصح[1] ولذلك فانه جاء فى شرح الرسالة للنفراوى[2] : " وتصح للميت حيث علم الموصي بموته ،وتصرف فى دينه ان كان عليه دين ،أو تدفع

---

(١) انظر : المدونة ١٥/٥/٣٥ ،وانظر: حاشية الدسوقي ٣٧٩/٤ ،وانظر: شرح قانون الوصية ٨٣ .

(٢) انظر : شرح الرسالة للنفراوى ٣/٣ .

لورثته ، وأما ان لم يعلم بموته فتكون باطله ، وسبب[1] التفرقة بين الحالتين ، أنه لما أوصى لمن علم بموته وقت الوصية ، انما قصد بذلك تسديد ما عليه من الديون ، أو اعطاء ورثته اذا لم يكن عليه شئ ، بخلاف وصيته لمن يجهل موته وقت الوصية ، فانه انما قصد الوصية له بشخصه بغرض كونه حيا .

والمالكية حين يتجهون الى تصحيح الوصية للميت ، انما يقضون بما فيه المصلحة فى نظرهم ، ولو خالف القواعد ، لذلك قالوا ان المصلحة هنا فى تنفيذ الوصية للميت ، لأن فيه تنفيذ ارادة الموصي ، وعدم اهدار قوله ، كما أن فيه مصلحة للموصى له ، بسداد ديونه ، واعطاء ورثته ، وهم لا يتمسكون بالقواعد ان عارضت المقاصد والمصالح .

والذى يقتضيه كلامهم هذا ، أن الوصية للميت لا تحتاج الى قبول فى حين أن النظر يقتضى الحاجة الى قبول الوارث له حينئذ والا كيف يملك رغم ارادته ، لاسيما وأن قبول الموصى له المعين الموجود شرط لوجوب الوصية وتنفيذها بعد موت الموصي ، وهو ما يقول به الفقهاء جميعا ، ومنهم المالكية ، فدل ذلك على بطلان الوصية للميت .

أما جمهور الفقهاء ، ومنهم ابو حنيفة ، والشافعي وأحمد ، ومحمد ابن عبد الحكم فقد ذهبوا الى بطلان الوصية للميت ، واحتجوا لذلك بأنه ليس أهلا للتملك ، ولأنه أوصى لمن لا تصح الوصية

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٨٣ .

له اذا لم يعلم بحاله ،فكذلك لا تصح اذا علم حاله ،ولأنه عقد يفتقر الى القبول ،فلم يصح للميت كالهبة [(١)] .

وقد أخذ قانون الوصية بمذهب الجمهور فقال ببطلان الوصية للميت جاء ذلك صريحا في مادته [(٢)] السادسة في الفقرة الثانية منه "

٢) أن يكون موجودا عند الوصية ان كان معينا .... ".

....

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٣٦ ،وانظر: السراج الوهاج ص ٣٣٦ ،وانظر : المجموع التكملة الثانية ١٥/ ٥٦ ،وانظر: بدائع الصنائع ١٠/ ٤٨٥٣ ،وانظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٨٣/ ٨٤ ،وانظر حاشية الدسوقي ٤/ ٣٧٧ ،وانظر: أحكام الوصية للشيخ علي الخفيف ص ٦٥ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٤ .

المبحث الثالث

الوصية للمحصورين ولغير المحصورين

أولا : الوصية للمحصورين :

وهم من كانوا فى حدود المائة ،وقد اتفق الفقهاء على جواز الوصية للمحصورين ، انما اختلفوا فى وقت استحقاقهم للموصى به ،أهو وقت موت الموصي ،أو وقت الوصيه ؟ فالذى ذهب اليه الحنفية أن الموصى له المحصور ،اذا كان غير معين ،استحق الموصى به وقت موت الموصي ،سواء وجد وقت الوصية أولا ،أما اذا كان معينا بالإسم أو الإشارة ،أو الوصف ، فانه يشترط لاستحقاقه الموصى به وجوده وقت الايصاء ،ففي التتارخانية[1] قد ورد ما يدل على أن " الموصى له اذا كان معينا من أهل الاستحقاق ،يعتبر صحة الايجاب يوم أوصى ،ومتى كان غير معين يعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصي ،فلو أوصى بالثلث لبنى فلان ولم يسمهم ،ولم يشر اليهم ،فهي للموجودين عند موت الموصي وان سماهم ، أو أشار اليهم ،فالوصية لهم ،حتى لو ماتوا قبل وفاة الموصي بطلت الوصية ،لأن الموصى له معين ،فيعتبر صحة الايجاب وقت الوصية ... " .

أما المالكية فقد ورد عنهم فى ذلك رأيان أحدهما يشترط لاستحقاق الموصى به للمحصورين وجودهم وقت الايصاء ،فيجعل

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٦ .

الوصية لهم كالوصية لمعين .

والثاني : يقول بجعل الوصية لهم ،كالوصية لغير المحصور، فلا يشترط لاستحقاقهم الموصى به وجودهم حين موت الموصي ولا حين الايصاء ،فقد ورد في مواهب الجليل (١) : " وان كان الموصى لهم يمكن حصرهم ،ولكن الميت لم يعينهم ،كقوله: " أوصيت لأولادى ،ولأخوتي وأولادهم ،أو لأخوالى وأولادهم ونحو ذلك ،فاختلف فيه على قولين : -

فقيل : انهم كالمعينين ،يقسم بينهم بالسوية ،ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه أى اذا قبل الوصية ،ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل ،وكذلك لا يدخل من ولد بعد الايصاء ،وقيل : انهم كالمجهولين ،فمن مات قبل القسم ، لم يستحق شيئا ،ومن ولد قبل القسم ،وحضرها استحق ،ويقسم بينهم بالاجتهاد ،وذكر ابن يونس ،أن رأى بن القاسم في ذلك أن الموصى به لمن حضر القسمه ،ولا شئ لمن مات قبلها ،ومن ولد قبلها وحضرها دخل فيها ويقسم الموصى به بينهم بالاجتهاد ،وقال وهو قول مالك... "

وقد قال بالرأى الأول الشافعية والحنابلة ،اذ اشترطوا لاستحقاق الموصى به ،للموصوف المحصور ،وجودهم وقت الايصاء ،والتسوية بينهم كالوصية مثلا لولد فلان ،أو لأهل سكنته أو لجيرانه، ولا يدخل في الوصية من يولد ،أو يوجد بعد الايصاء ، ففي منتهى الارادات (٢) : " وان وصىّ لأهل سكته ،فلأهل زقاقه : حال

---

(١) انظر : مواهب الجليل ٦/ ٣٧٥ ،بتصرف ،وانظر: الخرشي على مختصر خليل ٨/ ١٧٧ .

(٢) انظر : منتهى الارادات ٢/ ٤٦ ،وكشاف القناع ٦/ ٣٦٣ .

الوصية .. وفى نهاية المحتاج[1] للرملي : " وأن يكون ممن يمكن أن يتصور له الملك وقت الوصية " فقد اشترطوا لاستحقاق الموصى به للموصوف المحصور كونه متصورا وقت الايصاء ، وأن يتحقق فيه الوصف الذى نص عليه الموصي فى وصيته عند الوفاة كما لو أوصى للعلماء ، يدل على ذلك قوله[2] : " والعلماء فى الوصية لهم ، هم الموصوفون يوم الموت لا الوصية ... بأنهم أصحاب علوم الشرع ، من تفسير ، وحديث ، وفقه .. ولو عين علماء بلد أو فقراءه مثلا ، ولا عالم ، أو لا فقير فيهم وقت الموت بطلت الوصية " .

هذا وقد جرى قانون الوصية المصرى على ما ذهب اليه الحنفية فلم يشترط فى الوصية لأولاد فلان وجودهم حين الوصية ، بل الشرط وجودهم عند موت الموصي .

فقد نصت المادة[3] (٣١) على أنه : " اذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم ، وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي كان جميع ما أوصى به مستحقا للآخرين مع مراعاة أحكام المواد " ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ " .

وبيان ذلك : أن الوصية اذا كانت لمحصورين معروفين بأوصافهم أو جنسهم كالمرضى من بني فلان ، وكبني فلان ، ولم يعرفوا بأسمائهم

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٦/٤٢، ٤٣ ، ٧٦ ، ٧٧ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٩ ، وانظر: عقد الوصية ص ٥١ .

ولم يعينوا بأشخاصهم ،فالموصى به لهم أجمعين ،فان لم تتم الوصية لبعضهم كموته في حياة الموصي ،أوعدم قبوله ،فان الموصي به يكون كله للباقين مادام الاسم يطلق عليه ،والوصف ثابتا له ،وذلك لأن التعريف لم يكن بالشخص حتى يكون الموصى به مجزءا بينهم ،ويكون لكل واحد منهم قدر معين ثابت من الموصى به ،وكأن له وصية مستقلة ،بل الموصى به كله لكل من يطلق عليهم العنوان والوصف ،فليس لواحد منهم قدر ثابت قائم بذاته فيكون كل الاستحقاق لكل من هو أهل له ،ويطلق الاسم عليه ،واذا مات واحد منهم بعد الاستحقاق للوصيه ،ودخل ما أوصى به في ملكيته تطبق الأحكام العامه للقانون في هذا فان كانت الوصية بملكية تامة استحقها ،انتقل نصيبه الى ورثته لتعيين نصيبه باستحقاقه لحصته من الأعيان الموصى بها فتنتقل الى ورثته كما ينتقل كل ملك تام وان كان الموصى به منفعة ،أو لم يكن قد استحق منه الا المنفعة ،فان نصيب من يموت يكون لباقي من ينطبق عليه الوصف والعنوان ،لأنه لم تثبت في المنافع حصص معينه ثابته ،والمنافع لا تنتقل بالوراثة ،وهذه الأحكام الأخيرة مأخوذه من مذهب الامام مالك ،وفي ذلك يقول الشيخ محمد ابوزهرة : " هذه الأحكام تتفق في جملتها مع المذهبين الحنفي ،والمالكي ،لأن كلا المذهبين يقرر ذلك،ثم يقول : " ولكن المذكرة الايضاحية تذكر أنها أخذت ذلك من مذهب مالك - رضي الله عنه - ،وكان نصها على مذهب مالك مع أن هذا القدر من الأحكام يتفق مع مذهب أبي حنيفة ،وهو

الأصل - لأن الوصية فيمن عرفوا بأوصافهم بشكل عام اعتمد فيها على مذهب مالك باطراد تقريبا ، اذ الوصية لمن يكون غير موجود وقت الوصية لا وقت الوفاة ، ثم يوجد من بعد ذلك جائزه ، وهى من مذهب مالك ، وهى فى أكثر ما تكون فى المعروفين بالأوصاف المحصورين ، وتفصيل ذلك بالمواد : ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٩ ، معتمد فيه على ذلك المذهب ، فكان من المنطق أن ينص عليه فى كل فروع الوصية للمحصورين ، وان اتفقت هذه الفروع أو بعضها مع مذهب أبي حنيفة - رضي الله عليه - ، أو مذهب غيره ".[1]

... ...

(١) شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهره ص ٩٢ / ٩٧ / ٩٨ .

الوصية لغير المحصورين :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ،الحنفية ،والمالكية ،والشافعية والحنابلة على جواز الوصية لغير المحصورين ،غير أن هذا الجواز مطلق عند بعضهم ،ومقيد عند البعض الآخر بما يدل على أن الوصية لهذا النوع قربة ،كالوصية لفقراء مكه ،أو لفقراء المسلمين .

لكن ذهب الحنفية (١) الى أن الوصية لغير المحصورين لا تصح الا اذا اقترن باللفظ ما يدل على الحاجة ،كأن يقول الموصي ،أوصيت لفقراء طلبة معهد كذا ،أو للطلبه المنقطعين من جامعة كذا .

واستدلوا لذلك : بأن الوصية تمليك ،وتمليك المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لا يصح ،لكن اذا اقترن باللفظ ما ينبئ عن الحاجة ، فانها تكون وصية بالصدقة ،تقربا الى الله سبحانه ،وطلبا لمرضاته فيقع المال لله سبحانه ،ثم للفقراء يتملكونها بتمليك الله منهم .

ونوقش : ذلك بأنه غير صحيح ،فان الوصية للأغنياء ايضا قربة فهي من باب الهديه ،وقد ندب النبى - صلى الله عليه وسلم - الى الهديه ،وان كانت لغني (٢) .

أما أصحاب المذاهب الثلاثة المالكية ،والشافعية والحنابلة ،فقد ذهبوا الى صحة الوصية لهذا النوع ،وجد ذلك التقييد أولا ،وبناء على ذلك صححوا الوصية لطلبة الجامعة ،كما تصح للغرباء منهم ،وذلك لأن الوصية مبنية على التيسير والتسامح ،فيتساهل فيها ،بمالا يتساهل

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٦٥، ٤٨٦٦ .

(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٧٤ .

به فى غيرها من العقود الأخرى ،ولأنها فى ذاتها صلة وقربة ومن عمل المعروف ،وعمل المعروف يتوسع فيه بما لا يتوسع فى غيره وان كانت لغني ،فالنبي - صلى الله عليه وسلم - قد ندب الى الهدية وان كانت لغني ،كما بيناه ،وفيما ذكرنا من القول بصحة الوصية لغير المحصورين مطلقا ،وجدت الحاجة لذلك أو لم توجد .

* يقول ابن قدامة فى المغنى(١) : " واذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح ... " .
* وورد فى مواهب الجليل(٢) : " وان كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين ،كالفقراء والمساكين والغزاه ،وبنى تميم وبنى زهرة ونحوهم مما لا يمكن الاحاطة بهم ،فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم بل تقسم بالاجتهاد " وينبغى ايثار المحتاجين منهم .
* ففى جواهر الاكليل(٣) : " وأوثر المحتاج الأبعد فى القرابة من غيره لشدة فقره ،أو كثرة عياله بالزيادة على غيره ،لا بالجميع فالمحتاج الأقرب علم ايثاره بالأولى فى كل حال " .

كما أن المنصوص فى مذهب الشافعية أن الوصية لجهة البر تجوز كالوصية للفقراء والمساكين ،وأنه لا يلزم تعيين فقراء مخصوصين ، بل لو قال :" أوصيت بكذا من مالي ،ولم يذكر الموصى له أصلا

---

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٧٣ .
(٢) انظر : مواهب الجليل ٦/ ٣٧٥ .
(٣) انظر : جواهر الاكليل ٢/ ٣٢٠ .

فانه يصح ،لأن الموصى له يكون مذكورا ضمنا ،وهو جهة البر.[1]

* هذا وبعد أن عرفنا أنهم قد اتفقوا على جواز الوصية لغير المحصورين مطلقا كما هو رأى الأئمة الثلاثة ،أو بقيد الحاجة كما هو رأى الحنفية .

نقول : انهم قد اختلفوا ،فيمن يجزئ الدفع اليه ؟

فالذى ذهب اليه المالكية ،والحنابلة ،وأبو حنيفة ،وأبو يوسف أنه يجزئ الدفع الى واحد من الموصى لهم ،فلو صرف الموصي جميع الثلث الى فقير واحد جاز .

فى حين ذهب الشافعي أنه لا يجزئ الا بالدفع الى ثلاثة ،وقد قال بذلك ايضا محمد من الحنفية ،الا أنه قال ،لو دفع الى اثنين جاز .

الأدلة والمناقشة :

استدل الشافعي ،لما ذهب اليه من دفع الثلث الى ثلاثة بأن الثلاثة ،هي أقل الجمع ،ولذا فانه لا يجزئ الدفع الى أقل من ذلك ،وقد احتج محمد لما ذهب اليه بمثل ما احتج به الشافعي وهو أن الفقراء اسم جمع ،وأقل الجمع الصحيح ثلاثة ،الا أنه أقام الدليل على أن الاثنين فى باب الوصية يقومان مقام الثلاثة ،بأن الوصية أخت الميراث ، والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام الثلاث منهن فى استحقاق الثلثين ،ولأن معنى الجمع يدل على

---

(1) انظر : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ٣ / ٤٤٤ ،وانظر : نهاية المحتاج ٣/٤ ،وانظر : الافصاح لابن هبيرة ٢ / ٧٦ .

الاجتماع ،وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان ،ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن [(١)].

ونوقش هذا الدليل : بأن مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان فأما عند التعذر فلا ،بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما فى قوله والله لا أتزوج النساء ،وقوله " ان كلمت بنى آدم ،أو ان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ،ولا يراعي فيه معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه فى واحد من الجنس ،وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لأن ذلك مما لا غاية له ولا نهاية ،فيحمل على الجنس ،بخلاف ما اذ أوصى لمواليه وله مولى واحد ،فانه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لأن هناك ما التزم المال حقا لله تعالى ،بل ملكه للموالي وهو اسم جمع فلابد من اعتباره ،وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا ،فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء [(٢)].

واستدل القائلون بجواز صرف الثلث الى فقير واحد من هذا النوع فى الوصايا ،بأن هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة ،وهى الزام المال حقا لله تبارك وتعالى ،وجنس الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل ،من الحقوق المالية ،فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف ، لا لايجاب الحق لهم ،فيجب الحق لله تبارك وتعالى ،ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه ،وقد

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٦٦ ،وانظر: المغني والشرح الكبير ٦ / ٤٧٣ ، ٥٥٧ ،وانظر: المجموع ١٥ / ١٠٢ ، ١٠٣ ،وانظر : الأم ٤ / ٩٧ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٦٧ . (٣) المصدر السابق .

حصل بصرفه الى فقير واحد ،ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجب بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد ،وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تعالى[1] : " انما الصدقات للفقراء " .

ومما تقدم يتضح لنا رجحان رأى القائلين بجواز الوصية لغير المحصورين مطلقا ،سواء وجد قيد الحاجة أو لا ،لقوة ما استدلوا به ،ومناقشة ما استدل به من قال بعدم صحتها الا بذكر الحاجة وكذلك رجحان رأى من قال بجواز دفع جميع الثلث الى فقير واحد لصحة دليله ،ومناقشة ما استدل به من قال بعدم اجزائه الا بصرفه الى ثلاثة .

مسلك قانون الوصية المصرى :

أجاز قانون الوصية المصرى الوصية لمن لا يحصون اذا كانوا معلومين بالجنس أو الوصف ،سواء أكان فى لفظ الوصية ما ينبئ عن الحاجة كالوصية للفقراء ،أو لم يكن فيها شئ من ذلك كالوصية لأهل مكة مثلا ،الا أن القانون لم يبين الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون ،فيرجع فى ذلك الى المذهب الحنفي ،وفى المذهب الحنفي وقع خلاف فى ذلك بين الحنفية ،فعن أبى يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو بحساب فهم لا يحصون ،فان أمكن حصرهم بغير كتاب أو حساب فهم ممن يحصون ،وعن محمد بن الحسن انهم ان كانوا أكثر من مائة فهم ممن لا يحصون ،وان كانوا مائة

---

(١) التوبة آية ٦٠ .

فأقل فهم ممن يحصون ،وقيل يفوض ذلك الى رأى القاضي الا أن عمل المحاكم فى مصر سار على رأى محمد بن الحسن .

وقد جرى القانون على أن الوصية لمن لا يحصون اذا كانت بالأعيان فانها تملك للمحتاجين ،ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصيه ،ولا يتقيد فى ذلك بتعميم أو مساواة ،بينهم فلو كانت الوصية للفقراء ،فانه يجوز صرفها لفقير واحد ،كما أنه يجوز أن تصرف لأكثر من واحد مع المساواة بينهم ،أو المفاضلة باعطاء بعضهم أكثر من البعض الآخر .

كما أن القانون قد نص على أن الذى له تنفيذ الوصيه هو الوصي المختار من قبل الموصي ،فان لم يكن الموصى قد عين وصيا ينفذ وصاياه فان ذلك يرجع الى اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة المختصة تنفذها بنفسها ،أو تعين من يقوم بتنفيذها ،أو هو مصفى التركة ،ويسلك فى التنفيذ سبيل المصلحة ،فيقدم شديد الحاجة على غيره ،بدون تقييد بتعميم أو مساواة ،لأن التعميم غير ممكن فى العطاء ،وكذلك المساواة لأنه اذا لم يكن اعطاء الجميع لازما ،فالمساواة غير لازمة ،اذ لا مساواة فى أصل الاعطاء ،فلا مساواة فى مقداره لمن يعطى فعلا ،والأمر فى التمليك ظاهر اذا كانت الوصية بنقود أو بعين من الأعيان المثلية كالحبوب .

ولكن اذا لم يكن من السهل توزيع الموصى به على من يراد الوصية لهم بأن كان غير ما ذكر من نقود ونحوها ،فانه يباع الموصى به ،ويوزع ثمنه عليهم ،وفيما ذكرناه فقد ورد صريحا فى المادة (٣٠) من قانون الوصية المصرى ،ونصها : " تصح الوصية لمن لا يحصون

ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقييد بالتعميم أو المساواة ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فان لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك"[1] .

وواضح أن القانون ، قد عدل عن مذهب الحنفية فى اشتراط أن يكون فى لفظ الوصية ما يدل على الحاجة ، وأخذ برأى المالكية الذين اطلقوا جواز الوصية لغير المحصورين ، الا أنه قيد وجوب الصرف الى المحتاجين ، فى حين أنهم أطلقوا الحرية لمن له تنفيذ الوصية فى أن يصرف للمحتاجين أو لغيرهم دون التقيد بتعميم أو مساواة ، وفى ذلك يقول[2] الشيخ ابو زهرة : " ونراه - أى قانون الوصية - أطلق حرية الموصي فى الانشاء اطلاق المذهب المالكي ، وقيد التنفيذ فجعله فى نطاق المذهب الحنفي ، فكأن القانون جعل لفظ الوصية ان كان لغير المحصورين متضمنا بحكم القانون معنى القربة والبر ، وان لم يصرح بهما ، لأنه لا معنى للوصية لمن لا يحصون ، الا أن يقصد بها البر والمعروف والخير ، ولا يكون ذلك الا بأن يصرف للمحتاجين ...... " .

هذا ويصدد ما ذكرناه من أن القانون قد قيد وجوب الصرف الى المحتاجين ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن ذلك مأخوذ من القاعدة الشرعية التى تقضي بأن لولي الأمر أن يعين جهة الصرف التى يرى أن فى ذلك الصرف اليها مصلحة ، لكن وجوب الصرف الى المحتاجين

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٩ .

(٢) انظر : المصدر السابق ص ٩٥ .

كما عرفنا هو مذهب الحنفية ،ولذا فان واضعي القانون ليسوا بحاجة الى الاعتماد على هذه القاعدة ،كما قال بذلك الشيخ محمد أبو زهرة .[1]

....

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٩٥/٩٦ ،وعقد الوصية ٥٢ - ٥٣ .

المبحث الرابع

الوصية للجهات

الوصية لجهة من الجهات التي يكون نفعها عاما جائز عند الفقهاء ، وذلك ، كالوصية لأماكن العبادة ، والمؤسسات الخيرية والمؤسسات العلمية ، والمصالح العامه ، والمنشآت كالقناطر ، والجسور ، والمستشفيات ، والمصاح ، والملاجئ ، بل ان الوصية لأعمال البر بصفة عامة جائزة ، سواء كان الموصى له معينا أو غير معين ، وسواء كان الموصى به عينا أم منفعه حدد وقتها أو لم يحدد .

فقد جاء في الكافي[1] : " وتجوز الوصية بالمنافع ، لأنها كالأعيان في الملك بالعقد والارث فكذلك في الوصية ، وتجوز الوصية بالعين دون المنفعة ، وبالعين لرجل ، والمنفعة لآخر ، ... وتجوز بمنفعة مقدرة المدة ، ومؤبده ، لأن المقدرة كالعين المعلومة ، والمؤبدة كالمجهولة ، فصحت الوصية بالجميع " .

وانما حصل الخلاف فيما اذا أوصى شخص بعين لجهة من تلك الجهات ولم يفصح في وصيته عن السبب الذى من أجله أوصى لتلك الجهة ، بأن قال : " أوصيت لمسجد كذا ، ولم يقل في وصيته تصرف العين الموصى بها لمصلحة هذا المسجد ، أو تنفق في عمارته ؟

فالذى ذهب اليه أبو حنيفة ، وأبو يوسف أن الوصية باطلة ، ففي حاشية ابن عابدين[2] : " والحاصل أن في الايصاء للمسجد قولين :

---

(١) انظر : الكافي ٢ / ٤٨١ ، ٤٨٢ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦ / ٦٦٥ ، - بتصرف - .

قول بعدم الصحة ،وقول بالصحة ،والقائل بعدم الصحة ،همـــا الشيخان أبو حنيفة ،وأبو يوسف .. " .

* وورد في البحر الرائق[١] شرح كنز الدقائق : " ولو قال أوصيـــت بثلث مالي للمسجد جاز عند محمد ،وقال أبو يوسف لا يجــــوز الا أن يقول ينفق على المسجد " .

وقد استدل على بطلان هذه الوصية ،بأن المسجد ليس أهـلا للتمليك ،وهذه وصية ظاهرها التمليك[٢] .

ويمكن مناقشة هذا الدليل : بأن نقول ان الموصى به يدخـــل في ملك الجهة الموصى لها بمجرد وفاة الموصي اعتباريا ،لأن كل جهة من جهات البر تعتبر شخصا اعتباريا ،له حقوق ،وعليه واجبات،وقد جرى العرف على ذلك ،فيقال : هذا ملك الأزهر ،وهذا ملـــك مستشفى قصر العيني ،وهذا دين على الأزهر[٣] ،وفي ذلك يقول الشيـخ محمد أبو زهرة[٤] : " وانه على مقتضى التصوير الفقهي في عصورنـــا الحديثة الذى جعل للجهات شخصية معنوية تصلح للامتـــلاك والتمليك ،وقد دفعهم الى ذلك كثرة المؤسسات الخيرية والشركـات الاستغلالية ،- تكون الوصية للجهات صحيحة ،ولو كانت تمليك أعيان ، لها ،وينبغي أن يكون ذلك قول أبي حنيفة ،لأن علة المنع عـــدم قبولها للامتلاك ،وهي الآن قابلة للامتلاك كالأشخاص الحقيقيين" وعلـى ذلك فلا محل للقول بضرورة ذكر الموصى به لتلك الجهة الموصـــى لها ،لما ذكرنا .

---

(١) انظر : البحر الرائق ٤٧١/٨ . (٢) المصدران السابقان

(٣) انظر : التركة ،للشيخ عبدالرحيم الكشكي ص ١٥٧ .

(٤) انظر : شرح قانون الوصية ص ٧٨ .

* أما فقهاء المذاهب الأخرى ،فقد قالوا انها وصية صحيحة ،وان لم يعين السبب الذى من أجله أوصى لتلك الجهة ،لأن هذه الجهات أهل للتمليك ولو كان ذلك فى باب الوصية .

* فقد ورد فى حاشية الدسوقي[1] على الشرح الكبير : " وصح الايصاء لمسجد ونحوه ،لصحة تملكه للوصية " .

* وورد في جواهر الاكليل[2] : " وصح الايصاء لمسجد وغيره من المساجد ،وصرف الموصى به فى مصالحه ،كوقوده وعمارته ،لأنه مقصود الناس بالوصية له ... " .

* وورد فى نهاية المحتاج[3] للرملي : " وتصح الوصية لعمارة نحو مسجد ،ولمصالحه ، وكذا ان أطلق فى الأصح ،بأن قال : " أوصيت به للمسجد ،وان أراد تمليكه لما مر فى الوقف أنه حر يملك أى ينزل منزلته ،وتحمل الوصية حينئذ على عمارته ومصالحه عملا بالعرف ،ويصرفه الناظر للأهم والأصلح باجتهاده" .

* وفى حاشيتي قليوبي وعميره[4] : " ... فان قال أردت تمليك المسجد ،فقيل تبطل الوصية ،وبحث الرافعي صحتها ،بأن للمسجد ملكا ،وعليه وقفا ،قال فى الروضة ،هذا هو الأفقه والأرجح " .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٧٩ .

(٢) انظر : جواهر الاكليل ٢/٣١٧ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٦/٤٧ ،وحواشي تحفة المحتاج ٧/١٣ .

(٤) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٥٩ .

* وفى منتهي الارادات[1] : " وتصح الوصية لمسجد ، ويصرف فى مصلحته ، عملا بالعرف ، ويصرفه الناظر الى الأهم فالأهم، والأصلح باجتهاده " .

وقد وافق هؤلاء الفقهاء من الحنفية ، محمد بن الحسن ، فقال بصحة الوصية المطلقة للجهات ، ولكنه علل ذلك بعلة أخرى ، وهى حمل كلام الموصي على ارادة المصالح لا على ارادة التمليك تصحيحا لكلامه .

* ففي حاشية بن عابدين : " وأجازه محمد مطلقا حملا على ارادة مصالحه تصحيحا للكلام لا على ارادة عينه ، لأنه لا يملك..."[2]

* وورد فى البحر الرائق[3] : " ولو قال أوصيت بثلث مالي للمسجد ، جاز عند محمد ، وقال أبو يوسف لا يجوز ، الا أن يقول ينفق على هذا المسجد .

* وفى الخانية[4] : " ولو أوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد أو لم يعين ، فهي باطلة فى قول أبي يوسف ، جائزة فى قول محمد ، ولو أوصى بأن ينفق ثلثه على المسجد جاز فى قولهم " أى فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، فاذا عين السبب الذى من أجله أوصى بهذه العين لتلك الجهة صحة الوصية فى قول الجميع ، وان لم يعين ، فهي باطلة فى قول أبي حنيفة ،

---

(١) انظر : منتهى الارادات ٢ / ٤٤ ، ونيل المآرب ١٦ .
(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٦٥ .
(٣) انظر : البحر الرائق ٨/ ٤٧١ .
(٤) انظر : المصدر السابق ، فقد اقتبسه .

وأبي يوسف ، جائزة عند محمد .

وبالموازنة بين الرأيين ودليليهما ، يتضح لنا قوة رأى من يقول بصحة الوصية المطلقة للجهات ، وعدم لزوم ذكر السبب الذى من أجله أوصى بتلك العين لتلك الجهة .

هذا ويحسن بنا أن نشير الى أن الذى عليه جمهور الفقهاء أن الوصية لجهة من جهات البر العامة ، كالمساجد ، والمدارس ، والملاجئ ، ونحو ذلك مما تقدم ذكره - لا تتوقف على القبول بل تلزم بمجرد موت الموصي ، شأنها فى ذلك شأن الوقف فانه يتم ويلزم من غير حاجة لقبول أحد .

* ففي المغني(1) : " أن الوصية اذا كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ... أو على مصلحة مسجد أو حج لم تفتقر الى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفي بقبوله ، ولأن الملك لا يثبت لهم بالقبول ، بل يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله " .

* الا أن الشافعية يرون أن الوصية اذا كانت لمسجد معين ، فانها لا تتم وتلزم الا بقبول الناظر عليه .

ولكن الرأى الراجح والذى هو أولى بالقبول أن الوصية للجهات تتم بدون قبول من أحد ، وذلك لأن الوصية للجهات الخيرية ولو لمعين انفاق للمال فى سبيل النفع العام ، وهو مرغوب فيه شرعا

---

(1) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٤١ ، وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ٢٨ .

تحسن المبادرة اليه من غير توقف على قبول من أحد ،لأنه ليس هناك مضرة تلحق الموصى له ،ولا منة عليه ،تندفع بعدم قبوله . بل تتم الوصية ،وتصرف فيما يعود على الجهة الخيرية بالنفع دون أن تملك[1].

مسلك قانون الوصية المصرى :

وبما رجحنا آنفا أخذ به قانون الوصية المصرى ،فقد جرى على الرأى الثاني ،والذى يجيز الوصية للجهات مطلقا ،عين السبب أولا ،سواء عين جهة خاصة ،أولا ،فيستوى قوله : " أوصيت لمسجد البلدة أو لمدرستها ،وقوله : " أوصيت بهذه العين للمسجد أو للمدرسة ،وسواء عين طريقة الصرف أو لم يعينها .

فاذا عين طريقة الصرف بأن قال : " يصرف فى العمارة أو فى المصالح أو على المرضى ،أو للطلاب المحتاجين مثلا ،وجب اتباع هذه الطريقة التى عينها ،والسير على وفق شرطه ما لم يتعارض ماقرره فى وصيته مع ما قرره القانون من أحكام أو يتنافي مع مقاصد الشريعة.

فاذا لم يعين الموصي طريقة خاصة ،فان وجد عرف خاص فى ذلك اتبع ما جرى به العرف كما لو أوصى للجامع الأزهر ،فان العرف جرى على أن المال الموصى به يصرف لطلابه فان لم يوجد شرط ولا عرف صرف فيما يعتبر الصرف فيه صرفا لهذه الجهة ،فالوصية للمسجد

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٦/٦٥،وانظر : شرح قانون الوصية ٢٨ . وانظر : التركه ص ١٥٧ ،وانظر أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ص ٦٥ .

تصرف على مصالحه من فرش ، وانارة وخدمة ، ونحو ذلك ، مما هو بحاجة اليه . ومثل ذلك الوصية للمعهد العلمي تصرف على مصالحه وتلاميذه .

وكما أن الوصية تصح للجهات اذا عين نوعها ، كالمساجد أو المدارس كذلك تصح ، وان لم يعين ذلك النوع ، كأن يقول : أوصيت بثلث مالي لله تعالى ، أو لأعمال البر ، أو للمصالح العامة ، وتصرف عند تنفيذها الى أى جهة من جهات البر العامة ، أو النفع العام ، وعلى من وكل اليه تنفيذها أن يتحرى باجتهاده الأهم والأصلح .

ثم ان القانون ، صحح الوصية للجهات سواء كانت موجودة عند انشاء الوصية أولا ، وجدت عند وفاة الموصي أولا ، مادام وجودها ممكنا بناء على ما سار عليه من صحة الوصية للمعدوم الذى سيوجد متبعا فى ذلك مذهب الامام مالك ، وفى حالة الوصية للجهة المعدومة تبقى الوصية قائمة حتى توجد تلك الجهة ، فتصرف الوصية اليها فاذا لم توجد ، وتعذر وجودها فى المستقبل بطلت الوصية ، وكان الموصى به لورثة الموصي ، كل ذلك جاء صريحا فى المادة السابعة والثامنة من قانون الوصية المصرى ، فقد نصت المادة السابعة(١) منه على أنها تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شؤنها مالم يتعين المصرف

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٤ ، وانظر : أحكام الوصايا للشيخ شلبي ص ١١٦ ومابعدها .

بعرف أو دلالة ،وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير " كما نصت المادة الثامنه[1] منه على أنها " تصح الوصية لجهة معينه من جهات البر ستوجد مستقبلا فان تعذر وجودها بطلت الوصية " .

كما أن المادة ٢٠ من قانون الوصية المصرى[2] قضت فى فقرتها الأخيرة بأن : " يكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ،فان لم يكن لها من يمثلها ،لزمت الوصية بدون توقف على القبول " .

فالذى يتضح من هذه المادة أنه لا فرق بين أن يكون الموصى له مسجدا أو مستشفي أو جماعة لا يحصون ،كطلبة الأزهر ،فان الوصية لا تتم الا بقبول من يمثل تلك الجهات ،فان لم يكن لها من يمثلها تمت بدون توقف على قبول أحد .

كما أنه قضى بأن الوصية اذا كانت لما سيوجد من هذه الجهات وفقا للمادة الثامنه منه السابق ذكرها ،فانه يجب أيضا قبولها ،عند وجود هذه الجهات ،وذلك من قبل من يمثلها ،ان كان لها ممثل وقتئذ ،والا تمت الوصية لها بمجرد وجودها ،من غير توقف على قبول أحد ،وذلك بحكم اطلاق الفقرة الثانية من المادة العشرين .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٤ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٦ .

وهذا الرأى فى جملته يتفق مع مذهب الجمهور ، الذى مر ذكره[1] تقريبا فى حالة ما اذا لم يكن لهذه الجهات من يمثلها ، وفى ذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة[2] : " والقانون فى هذا قد سار على الأصول القانونية العامة ، لأن المبادئ القانونية المقررة ، تفرض أن الجهات والمؤسسات شخصيات معنوية لها ذمة صالحة للتعاقد ، تثبت لها الحقوق ، وتجب عليها الواجبات المالية ، وتضمن ضمانا ماليا كل ما يترتب على أعمالها من مضار بالناس ... ".

*** *** ***

---

(١) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٦٦ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٩ .

المبحث الخامس

الوصية للأصناف المختلفة

اذا أوصى شخص لجماعة محصورة معرفة بالوصف والعنوان، وجماعة معينين وجهه، وجماعة غير محصوره، بشئ واحد، فان المعتبر حين توزيع الموصى به عليهم، أن يجعل للجهة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم، واحد [1]، ويجعل للجماعة المحصورة بعدد رؤوسهم، كما يجعل للمعينين سهم بعدد رؤسهم، وذلك لأن المعينين يعتبرون بأشخاصهم، والمحصورون معروف عددهم اذ أن له نهاية لا يتجاوزها، فاذا انتهوا الى عدد معين، كان اعتبار رؤوسهم ممكنا، والجهة تعتبر كأنها رأس منفرد بذاته، أما غير المحصورين فانه غير معروف عددهم، ولا نهايتهم، فلا يمكن معرفتهم الا بعنوانهم، فلا يستطاع توزيع تصيبهم على رؤسهم، فيجعل لهم سهما واحدا، وهذا اذا لم ينص الموصي فى وصيته على كيفية التوزيع، وأما اذا نص على التوزيع فانه يتبع ما نص عليه.

فاذا بطلت الوصية لواحد من هؤلاء المشتركين، فانه يتبع الحكم المقرر فى كل نوع من تلك الأنواع، فاذا بطلت لجهة أو لمعين

---

(١) اعتبار نصيب الجماعة غير المحصورة سهما واحدا هو قول أبي حنيفة وابي يوسف، والمالكية، وهو القول المشهور عند الحنابلة، والقول الثاني يجعل لها سهمين، وهذا مذهب محمد بن الحسن بن الحنفية، والقول الثالث، يجعل لها ثلاثة أسهم وهو قول الشافعية وقد اختار القانون الرأى الأول، وقد سبق الكلام على ذلك عند الكلام على الوصية لغير المحصورين.

بالاسم أو بالاشارة ،أو لمعين بواحد منهما ،أو لجماعة غير محصورة عاد نصيبه الى ورثة الموصي ،واذا بطل سهم أحد الجماعة المحصورة والمعروفة بالوصف والعنوان ،فانه يعود نصيبه للباقين من جماعته ،واذا بطلت الوصية للجماعة نفسها بأن رفضت الموصى به لها ،فان ما كان لها من سهام بعدد رؤسها ،فانه يكون للورثة

أمثلة على ذلك : -

١ - أوصى لمحمد وعلي وابراهيم وبكر ومسجد القرية ،وفقرائها ، وكان مقدار الموصى به ثلاثين فدانا ،فانه يقسم الى ستة أسهم ،لكل واحد من المعينين بأسمائهم سهم ،وللمسجد سهم ،والفقراء سهم ،فيعطى لصاحب كل سهم خمسة أفدنه .

٢ - أوصى بجزء من ماله للمسجد وللمستشفى ولطلاب العلم في بلده ،فان الموصى به يقسم على ثلاثة أسهم ،سهم للمسجد وسهم للمستشفى ،وسهم لطلبة العلم ،اذا كانوا غيرمحصورين فان كان يمكن حصرهم ،فانه يعطى لكل واحد سهم،ويعطى المسجد سهم ،والمستشفى سهم .

٣ - أوصى شخص لأبناء أخيه ولأخته وللفقراء بثلث ماله،وكان أبناء أخيه عندما توفي ثلاثة ففي هذه الحالة ننظر ،فان كان لا ينتظر زيادتهم ،فان الموصى به يقسم على خمسة أسهم فيعطى لكل واحد من أبناء أخ الموصي سهم ،وتعطي أخته سهم ،وسهم يعطي الفقراء ،أما ان كان ينتظر أن يولد غيرهم فانه لا يقسم الموصى به بينهم ،بل تقسم غلته على الموجودين منهم ،ويعطي بقية الموصى لهم كل واحد منهم

سهم ،فاذا ولد له ولد رابع قسمت الغلة على سهام سته ،وهكذا كلما زاد واحد نقصت القسمة السابقة حتى ينتهى عددهم الى حد لايتصور زيادتهم بعد ذلك ،كأن يموت هذا الأخ ،أو يحصل اليأس من الولادة له ،ففى هذه الحال يقسم الموصى به عليهم ،للأخت سهم ،وللفقراء سهم ولكل واحد من أبناء الأخ سهم ،وقد اتفق فى هذه الأحكام قانون الوصية المصرى مع المذهب الحنفي ،ولم يخالفه الا فى حكم صورة ما اذا كان بين الموصى لهم جماعة محصورين وجد بعضهم حين وفاة الموصي ،ويحتمل وجود غيرهم ،فانه قد أخذ فى هذه الصورة بمذهب المالكية فى الوصية للمعدوم .

* جاء ذلك واضحا فى المذكرة التفسيرية بصدد تعليقها على المادة ٣٢ منه، ونصه[1] : " ولو كان الموجود حين موت الموصي بعض من يحصون ،ويحتمل وجود غيره اتبع فى ذلك ما نص عليه فى المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ،كما اذا أوصى لزيد ،وولد عبدالله ، ومستشفى ،فكان الموجود عند وفاة الموصي زيدا ،وثلاثة من أولاد عبدالله ،فان الغلة تقسم على خمسة ،لزيد سهم ،ولكل

---

(١) ونصها : " اذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة ،أو بينهم جميعا ،كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به " . انظر : شرح قانون الوصية المصرى للشيخ أبو زهرة ص ٢٧٩ .

ولكل واحد من أولاد عبد الله سهم ، وللمستشفى سهم ، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبد الله يشترك مع من يكون موجودا ، وسبق أن ذكرنا أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية " .

هذا : ويحسن بنا أن نشير الى أنه اذا بطلت بعض الوصايا التى تعود الى ورثة الموصي فى الوقت الذى أصبح مجموع الوصايا فيه أكثر من الثلث بحيث أنه ضاق عن تنفيذ جميع ما أوصى به ، ولم يجز الورثة تلك الزيادة ، فانه يقسم الثلث على جميع الوصايا بالمحاصه ثم يعطى أصحاب الوصايا الصحيحة حصتهم منه ، ويحل ورثة الموصي محل أصحاب الوصايا الباطلة ، بمعنى أنه يرد الى التركة أنصباء أصحاب تلك الوصايا من الثلث[1] ، وقد أشارت الى ذلك المادة الرابعة والثلاثون[2] من قانون الوصية المصرى حيث نصت على أنه : "اذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد الى تركة الميت ما أوصى به اليهم ، ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية اذا ضاق محل الوصية ، فتنفيذ الوصية فى هذه الحاله يقتصر على نصيب أصحاب الوصايا الصحيحة الباقية من الثلث . فلو أوصى شخص لأولاد أخيه الثلاثه بستمائة جنيه ، ولمأوى الفقراء بأربعمائة جنيه وللمسجد بمائتين ، وكانت قيمة التركة عند وفاة الموصي الفا وثمانمائة جنيه ، ولكن الورثة لم

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ص ٩٣ ، ٩٤ ، ١٠٠ ، ١٠١ ، وانظر : أحكام الوصايا للشيخ شلبي ص ١٢٧ - ١٢٨ .

(٢) المصدران نفساهما ، وانظر ص ٢٧٩ ، من شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة .

يجزوا تلك الزيادة ،وايضا رد اثنان من أولاد الأخ الوصية ،ففي هذه الحالة لا تنفذ الوصية الا في الثلث وهو ستمائة جنيه توزع بين الوصايا بالمحاصه ،بنسبة انصبائهم الى بعض ،أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ ، لأنه أوصى لأولاد أخيه في الأصل بثلث التركة وللمأوى بتسعي التركه وللمسجد بتسعها .

ولأن الورثة لم يجيزوا تلك الزيادة على الثلث ،فيقسم مقداره على ستة أسهم ،يكون لأولاد الأخ ثلاثة أسهم منها ،كل واحد سهم وللمأوى الفقراء سهمان ،وللمسجد سهم واحد ،فيصرف لمن لم يرد الوصية من أولاد الأخ مائة جنيه ،وللمأوى مائتي جنيه ،وللمسجد مائة جنية ،ويرد نصيب من رد الوصية وهو مائتا جنيه الى التركة يقسم على الورثة مع ما بقي منها ،وهذا هو معنى كون الورثة يحاصون بهذا النصيب أرباب الوصايا الأخرى ،وقد ذكرت المذكره التفسيرية لقانون الوصية المصرى أن القول بعودة نصيب من تبطل وصيته الى الورثة مأخوذ من مذهب الشافعي وأن القول بالمحاصه مأخوذ من مذهب مالك ،وقد مثلت لذلك برجل أوصى لأخيه بربع تركته ،ولأولاد ابنه بالثمن ،وهم ثلاثة ،وللفقراء بثمن آخر ،فلم يجز الورثة الوصية بالزائد على الثلث ،في الوقت الذى رد أخ الموصي الوصية ،أو مات قبل موت الموصي ،ففي هذه الحال يقسم الثلث بين الوصايا بالمحاصه، ويحل ورثة الموصي محل الأخ في وصيته ،ويحاصوا بها أرباب الوصايا الأخرى ،ويردوا من الثلث نصفه وهو قدر حصتهم ،وقد علل الشيخ أبو زهرة لذلك فقال : " لأن الثلث سيقسم على أربعة ،اذ نسبة الربع الى الثمن كنسبة ٢ الى ١ وهنا ثمنان ،فتكون حصة الربع نصف الثلث ".(١)

---

(١) المصدران السابقان .

المبحث السادس

ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي

القتل اما أن يكون بعد الوصية ،كأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل هذا الآخر ذلك الشخص ،واما أن يكون قبل الوصية ،كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب ،وبعد الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط من حيث تأثيره في الوصية وعدمه ،وكان اختلافهم على الوجه الآتي :

القول الأول :

أن القتل يؤثر في الوصية عمدا كان أو خطأ ،فاذا قتل الموصى له الموصي قبل الوصية أوبعدها تأثرت الوصية بالقتل ،وقد قال بذلك الحنفية وهو أحد الأقوال عند الشافعية[1] والحنابلة .

واستدلوا بحديث : " ليس لقاتل وصية[2] " . وهو مطلق يتناول القاتل مباشرة عمدا كان أو خطأ ،وسواء كانت الوصية سابقة عليه أو لاحقه له ،ولأن القتل في بعض صوره استعجال للحق قبل أوانه فيعاقب مرتكبه بحرمانه كما في الميراث ،ولأن القتل بغير حق

---

(١) انظر: المغني مع الشرح ٦/ ٥٤٠ ،وقليوبي وعميرة ٣/ ١٥٩ ،والوصية ٥٤

(٢) أخرجه الدارقطني عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاء عن الحكم بن عتيبه عن عبد الرحمن بن أبي ليلي عن علي بن ابى طالب عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ وقد قال فيه الداقطني : " مبشر متروك يضع الحديث " . انظر : نصب الرايه للزيلعي ٤/ ٤٠٢ .

جناية عظيمه تستحق الزجر بأبلغ الوجوه ، والحرمان من الوصية يصلح زاجرا . كالحرمان من الميراث .

وقد نوقش استدلالهم بالحديث السابق بأنه معارض باطلاق قوله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين "[1] وبعموم[2] قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " ان الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم ، زيادة فى حسناتكم ، ليجعلها لكم زكاة فى أعمالكم " ، وبأن الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لاطلاق الكتاب ، ولا مخصصا لعمومه على ما هو معروف فى أصول الفقه[3].

وقد دفع الكاساني هذه المناقشة : " بأن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية[4] .

وقد اعترض على هذا الحديث من ناحية سنده بأنه من رواية مبشر بن عبيد ، وهو متروك يضع الحديث[5] .

ثم ان فقهاء[6] الحنفية ، قد اختلفوا فى وصف هذا الشرط ، هل هو شرط صحة أو شرط نفاذ ؟ فقال أبو يوسف انه يعتبر شرط صحة فالقتل عنده يبطل الوصية ولا تصح اجازة الورثة لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " ليس لقاتل وصيه ، ولأن علة الحرمان جنايته

---

(١) النساء آية ١٢

(٢) رواه الدارقطني بسنده عن معاذ بن جبل . انظر : سنن الدارقطنى ٤/١٥٠ .

(٣) انظر : تكملة فتح القدير ١٠/٤٢١ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٧ .

(٥) انظر: نصب الراية للزيلعي ٤/٤٠٢ . (٦) انظرالوصية للبرديسى ص ٥٤

التى ارتكبها ، والحرمان لأجلها عقوبة له ، وجنايته متحققة باقية وان لم يكن له وارث أو كان وأجاز .

* وقال ابو حنيفة ومحمد انه يعتبر شرط نفاذ ، فتقع الوصية عند هما صحيحة ، موقوفة على اجازة الورثة ، فاذا أجازوها أو لم يكن للموصي المقتول وارث سوى القاتل نفذت الوصية ، وان لم يجيزوها بطلت وذلك لأن المنع لحق الورثة ، دفعا للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم فى ماله من سعى فى قتله ، ولأن نفع بطلانها يعود اليهم فاذا أجازوها ، أو لم يجدوا وارثا سواه نفذت .

وبالموازنة نرى قوة رأى أبي يوسف ورجحان دليله ، لأن المنع اذا كان سببه حق الورثة ، وعدم مغايظتهم ، وأن اجازتهم ترفع ذلك اذا كان كذلك ، فانه يلزم من ذلك القول بذلك في الميراث ايضا فلا يحرم القاتل الميراث اذا رضي جميع الورثة ، وتركوا المغايظة ، أو اذا لم يكن للمقتول وارث سوى القاتل فى حين أن الأمر ليس كذلك قطعا[1] ، فالحق أن سبب حرمان القاتل من الميراث هو صدور جناية عظيمة منه ، وهى القتل بغير حق ، وذلك يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه ، وقد جعلها الشرع حرمانه من الميراث ، والموصى له القاتل يشاركه فى هذا المعنى ، ولقوة رأى أبي يوسف فقد قيد بعضهم الخلاف بينه وبين أبي جنيفة ، ومحمد بما اذا لم يكن القتل عمدا بعد الوصية فاذا كان كذلك ، فان الوصية تعتبر لاغية اتفاقا[2] .

---

(١) انظر : تكملة فتح القدير ٤٢١/١٠ ، ٤٢٢ .

(٢) انظر: تبيين الحقائق ١٨٢/٦ ، وتكملة فتح القدير ٤٢١/١٠ - ٤٢٢ ، ورد المحتار ٦٥٥/٦ ، ٦٥٦ ، والمغني مع الشرح الكبير ٥٠٠/٦ وعقد الوصية ٦٠

القول الثاني : أن القتل لا يؤثر فى الوصية ،ولو عمدا ، سواء تقدمت عليه أو تأخرت عن سببه ،وهو أظهر الأقوال عند الشافعية والحنابلة فى قول لهم .

وقد استدل هؤلاء لاستحقاق القاتل للوصية ،بأن الوصية كالهبه، فكلاهما عقد تمليك ،والقتل لا يبطل الهبه ،فلا يبطل الوصيه[(١)].

ونوقش هذا الاستدلال[(٢)] ،بأن قياس الوصية على الهبة قياس مع الفارق ،وذلك لأن كون القتل لا يؤثر فى الهبه لأنه حدث بعد تمامها ،واستفادة الملك بها ،بخلاف الوصيه ،فان الملكية لا تثبت بها الا بعد موت الموصي ،فيكون القتل سابقا على وقت الملكية، ولذلك ،فانه يؤثر فى الوصية ،فكان جزاؤه بحرمانه الموصى به الذى استعجله بقتل الموصي هو الصواب ،هذا من وجه ومن وجه آخر ،فان الوصية استخلاف من وجه ،فتصح بلا قبول حين يتعذر صدوره ،كما فى الوصية للجنين ،ولا كذلك الهبه ،لأنها تمليك محض فلابد فيها من القبول .

القول الثالث : اعتبار القتل مؤثرا ان وقع بعد الوصية ،وعدم تأثيره ان وقع قبلها ،وقد ذهب الى ذلك المالكية[(٣)]

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٤٨/٦ ،وقليوبي وعميرة ١٥٩/٣ ،والوصية للبرديسي ص ٥٤ .

(٢) عقد الوصية ٦٢ .

(٣) فقد ورد فى كتاب الفقه على المذاهب الأربعة أن الوصية اذا وقعت بعد الضربة وعرف المقتول قاتله فلا تبطل الوصية سواء كان الضرب عمدا أو خطأ ،وتؤخذ الوصية من ثلث التركة ،وثلث مال الدية فى القتل خطأ ،ومن أصل مال المتوفي في القتل عمدا . ينظر: حـ ٤٤١/٣ .

والحنابلة[1] فى الراجح عندهم ،فاذا أوصى شخص لآخر ثم قتل هذا الآخر ذلك الشخص الموصي ،بطلت الوصية ،لأنه استعجل ما أخره الله فيعامل بنقيض قصده ،كما فى الميراث .

أما اذا صدر القتل قبل الوصية بأن ضرب شخص آخر ،ثم أوصى المضروب الى الضارب بثلث ماله ،وأفضى الضرب الى الموت ،فان الوصية تعتبر صحيحة ،وذلك لأن الوصية فى أصلها تنشأ بارادة الموصي واختياره ،فيجب احترام ارادته ،وتقدير عبارته بابقاء وصيته صحيحة لاسيما وأن الموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه فى حقه ،ولأن القتل قبل الوصية لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه .

وبالموازنة بين هذه الآراء وأدلتها يتضح لنا أن القول باعتبار القتل مؤثرا بعد الوصية فيبطلها ،وعدم اعتباره مؤثرا قبلها ،فتبقى صحيحة هو الأسلم من ناحية الدليل ،وذلك لأن الوصية المتقدمة على القتل قد طرأ عليها ما يبطلها ،وهو القتل ،وذلك لأن القتل

---

(١) ذكر ابن قدامة الأوجه الثلاثة فى الوصية للقاتل عند الحنابلة فقال : " واختلف أصحابنا فى الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ،فقال ابن حامد تجوز الوصية له ،واحتج بقول احمد فيمن جرح رجلا خطأ فعفا المجروح فقال أحمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقاتل . . . ،وقال أبو بكر لا تصح الوصية له ،واحتج بقول احمد فى المدبر اذا قتل سيده يبطل تدبيره ،والتدبير وصيه . . . ،وقال أبو الخطاب ،ان وصى له بعد جرحه صح ،وان وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جمعا بين نصي احمد فى الموضعين . انظر: المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ٦/ ٥٤٠ ،وانظر : الوصية للبرديسى ص ٥٤ .

يبطل ما هو آكد منها وهو الميراث بخلاف الوصية المتأخرة عنه لما ذكرناه ، وفى ذلك يقول ابن قدامه : " وهذا قول حسن [(١)] لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ، ولم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما اذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها ، لأنه يبطل ما هو آكد منها وهو الميراث ، ولأنه ربما استعجل الوصية بالقتل الطارئ عليها فيعامل بنقيض قصده ، دفعا لمفسدة قتل الموصين ، استعجالا لأخذ وصاياهم ، أما القتل قبل الوصية ، فانه لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه ، والموصى راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه فى حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ فى هذا كله ، كما لا يفترق الحال بذلك فى الميراث " وعلاوة على ذلك فانه لا يوجد نص شرعي صحيح يمنع من صحة هذه الوصية ، اذ أن الحديث الذى احتج به من قال بمنع هذه الوصية مطلقا وهو :[(٢)] " ليس لقاتل وصية " فقد قال فيه الدارقطنى : " انه من رواية مبشر بن عبيد ، وهو متروك يضع الحديث . أ.هـ

---

(١) بعد أن ذكر القول الذى فصّل بين أن يوصى له بعد جرحه ، فتصح ، وبين أن يوصي له قبل جرحه ثم طرأ القتل على الوصية فتعتبر باطله وذلك جمعا بين نصي احمد فى الموضعين .. المصدر السابق بتصرف ، وانظر عقد الوصية ص ٦٣ .

(٢) اخرجه الدارقطني فى الأقضية عن مبشر بن عبيد بن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلي عن على بن أبي طالب قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ليس لقاتل وصيه " انظر : نصب الراية للزيلعي ٤/٤٠٢ .

* ورواه البيهقي[1] في المعرفة وقال : "لا يرويه عن حجاج غير مبشر، وهو متروك، منسوب الى الوضع، وقال فيه أحمد : "مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعه كذب . أنتهي"[2]، وقد أشرنا الى ذلك فيما سبق .

---

(١) البيهقي هو أبو بكر احمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى البيهقي، الفقيه الشافعي الحافظ من أئمة الحديث، ولد في خسروجرد (من قرى بيهق بنيسابور، سنة ٣٨٤ هـ) ونشأ في بيهق، ورحل الى بغداد، ثم الى الكوفة، وطلب الى نيسابور، وبقي فيهما حتى مات سنة ٤٥٨ هـ، قال فيه امام الحرمين : " مامن شافعي المذهب، الا وللشافعي عليه منه، الا البيهقي فان له على الشافعي منه، وذلك لكثرة تصانيفه في نصرة مذهبه، وبسط موجزه، وتأييد أرائه، وقال الذهبي : " لو شاء البيهقي أن يعمل لنفسه مذهبا يجتهد فيه لكان قادرا على ذلك، لسعة علومه، ومعرفته بالاختلاف .

صنف زهاء الف جزء منها : السنن الكبرى، والسنن الصغرى، والاسماء والصفات، والبعث والنشور، والاعتقاد، وفضائل الصحابة
انظر : وفيات الأعيان ١/٥٧، ٥٨، طبقات الشافعية ٤/٨/١١، جلاء العينين ص ٢٢١ وما بعدها . الاعلام ١/١١٣ .

(٢) انظر : نصب الراية للزيلعي ٤/٤٠٢ .

مسلك قانون الوصية المصـــرى :

نصت المادة السابعة عشرة من قانون الوصية المصرى على أنـــــه[1]:
" يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصـي أو المورث عمدا سواء أكان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته الى الحكم بالاعدام على الموصي وتنفيذه ،وذلك اذا كان القتل بلا حق ولا عذر ،وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي " .

ويدخل[2] فى القتل العدوان الآمـر بالقتل ،والمحرض عليه ،والدال على المقتول والمشارك والربيئـه = وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل ليمنـع الناس أن يشاهدوه فيقبضوا على الجناة أو يمنعوهم = وشاهد الـــــزور الذى أدت شهادته الى الحكم بالاعدام وتنفيذه ،لأن فاعله قصـــــد القتل بفعله فيكون كالمباشر[3]،وحينما ننظر فيما اشتملت عليه تلك المـادة ومقابلتها بآراء الفقهاء ،وبعض مواد قانون الميراث[4]،وكذلك بعض مـــــواد قانون العقوبات المصرى الخاصة بالقتل فى حالة وجود عذر ،أو فـــى حالات الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ،أو حالة تجاوز حـــدود حق الدفاع الشرعي ،أو حالة ما اذا كان القاتل مكرها بملجئ = فبالنظر في تلك المادة وتأملها نجد أنها قد أخذت أحكامها من مذاهـــب فقهية مختلفة ،ومن بعض مواد قانون العقوبات التى أشرنا اليهــــــا

(١) شرح قانون الوصية ص ٢٧٥ . (٢) المصدر السابق ٦٩ .
(٣) فان شاهد الزور الذى يعلم مقدما أن شهادته توصل الى الحكم باعدام من شهد عليه يكون قاصدا اهلاك المشهود عليه . أحكام الوصايا شلبى ٨٧
(٤) بتأمل المادة الخامسة من قانون الميراث نجدها متفقة مع تلك المادة فى تصوير القتل المانع من الميراث، فقد نصت على أن من : " موانع الارث قتـل ==

فنصت على بطلان الوصية للقاتل عمدا ، ومقتضى هذا الاطلاق أن القتل العمد يمنع الوصية سواء كان القتل قبل انشاء الوصية أو بعدها ، وهذا يتفق مع رأى الحنفية ، كما أن هذه الفقرة دلت على بطلان الوصية فى هذه الحالة ولو أجازها الورثة ، أو أجازها الموصي بعد القتل وقبل الموت ، وهذا رأى أبي يوسف من الحنفية كذلك يدخل فى القتل العمد من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا من مقاتله فانهما يمنعان من الوصية أخذا بقولين في مذهب الحنفية والمالكية قول بأن القاتل هو الأول ، وقول بأن القاتل هو الثاني ، كما أن هذه المادة قضت بأن القتل الذى يمنع استحقاق الوصية هو القتل العمد وان لم يكن بالمباشرة ، وهذا القيد يخرج ما اذا كان القتل خطأ ، فانه لا يمنع صحة الوصية ، وهذا مأخوذ من مذهب الامام مالك ، ولكنه يدخل فى القتل المانع من صحة الوصية القتل بتسبب عمدا كما هو مذهب المالكية والحنابلة ، وقول فى مذهب الشافعية ويدخل فى القتل بالتسبب الآمر والمحرض والمشارك والربيئه ، وواضع السم ، وشاهد الزور الذى بنى على شهادته الحكم باعدام من شهد عليه وهذا مأخوذ من مذهب الحنابلة . وقد سبق الاشارة الى ذلك كما أن هذه المادة قد أخذت بمذهب أبي يوسف ومحمد فجعلت شرط البلوغ خمس عشرة سنه ، كما نصت على أن القتل المانع من الوصية

== المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته الى الحكم بالأعدام وتنفيذه اذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنه ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي " ينظر : احكام الوصايا للشيخ محمد شلبي ص ٨٧ .

هو القتل بلا حق ولا عذر مشروع ،أخذا بمذهب أبي يوسف من الحنفية ،ومن وافقه من الأئمة ،كما اشترطت فى القاتل أن يكون عاقلا ،وهذا محل اتفاق بين الفقهاء .

ومن هنا يتضح لنا أن قانون الوصية المصرى قد اشترط فى القتل الذى يؤثر فى الوصية شروطا ثلاثة هي : -

١ - أن يكون القاتل عاقلا بلغ من العمر خمس عشرة سنة ،فان تخلف هذا الشرط ،بأن كان القاتل مجنونا أو صغيرا ،فان الوصية لا تبطل ،بل تبقي صحيحه ،وذلك لأن البطلان عقوبة والقاتل فى هاتين الحالتين ليس أهلا لها .

٢ - أن يكون القتل عمدا عدوانا بغير حق مباشرة أو تسببا فاذا كان بحق كالقتل قصاصا بأمر الحاكم ،لا يكون مبطلا للوصية .

٣ - الا يكون القتل بعذر ،فان كان بعذر كقتل الزوج زوجته والزاني بها عند مفاجأتهما حالة الزنا ،ومثل ذلك القاتل مكرها بملجئ عملا بقول أبي حنيفة .

فالمادة بجملتها ،قد وفقت بين الآراء وحققت الانسجام والتوافق بين قانون الميراث وقانون الوصية ،وقانون العقوبات المصرى (١) .

... ...

---

(١) عقد الوصية ٦٤ - ٦٥ ،والوصية ٥٦ .

المبحث السابـــع

ألا يكون الموصي له وارثا للموصي ان كان ثمة وارث ولم يجز الوصيـــة

وهذا الشرط اشترطه الحنفية ،فعبارة كتبهم ظاهرة فى أن الوصيـة للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة ،ولكن توجد أحكام فى المذهـــب ترجح أن هذا الشرط للنفاذ لا للصحة ،ولبيان ذلك نقول :
ان الفقهاء قد اختلفوا فى حكم الوصية للوارث على أقوال :

القول الأول :

ان الوصية للوارث صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة الورثـــة ولو كانت بأقل من الثلث ،فان أجازوها جميعا نفذت ،وان لـــم يجيزوها بطلت ،ولم تصح ،وهذا قول جمهور العلماء من الحنفيـة[1] وظاهر مذهب[2] الحنابلة ،والشافعيـــــــــــــــــــــــــة[3]

(١) انظر تبيين الحقائق ١٨٢/٦ ،والبحر الرائق ٤٦٠/٨ ،٤٦١ ، ورد المحتار ٦٥٦/٦ ،وانظر : الافصاح لابن هبيرة ،فقد حكى الاجمـــاع على ذلك ٧٠/٢ .

(٢) فقد ذكر ابن قدامة ان ذلك محل اتفاق بين العلماء فنص على ذلــــك بقوله : " وجملة ذلك أن الانسان اذا أوصى لوارثه بوصية فلم يجـزهـا سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء ثم حكى عن ابن المنـــذر وابن عبد البر اجماع العلماء على ذلك .
انظر: المغني مع الشرح ٤١٩/٦ ،وقد عبر ابن تيمية فى فتاواه عـــن عن الاجازة بالرضا فقال : " ولا تصح الوصية لوارث بغير رضا الورثـــة ،
انظر : الاختيارات الفقهية ص ١٩٠ .

(٣) انظر : السراج الوهاج على متن المنهاج ص ٣٣٧ .

والمالكية[1]، الا أن المالكية اختلفوا فى هل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطيه ؟

القول الثاني :

أن الوصية للوارث غير جائزة ، وان أجازها سائر الورثة ، الا ، أن يعطوه هبة مبتدأه من عند أنفسهم ، فهو مالهم ، وقد قال بذلك أهل الظاهر ، والمزني من الشافعية[2] ، وهو قول لبعض[3] الحنابلـــه ، وفى ذلك يقول ابن حزم[4] : " ولا تحل الوصية لوارث أصلا ، فـــان أوص لغير وارث فصاروارثا عند موت الموصي بطلت الوصية لـــه فان أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية لأنهـــا اذ عقدها كانت باطلا ، وسواء جوز الورثة ذلك أو لم يجوزوا .... الا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو مالهم ، وهـــذا قول المزني وأبي سليمان .

وفائدة الخلاف[5] بين هذا الرأي والرأي الذى قبله القائل بصحـــة الوصية من حيث أصلها وان كانت متوقفة على اجازة الورثـــة ان الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ ، واجازة محضة

---

(١) انظر : المدونة الكبرى للامام مالك فقد ورد فيها : " أرأيت ان أوصـــى لوارث وغير وارث فقال ثلث مالي لفلان ولفلان واحد هما وارث معه ورثه ؟ قال : قال مالك ، أما نصيب الوارث من ذلك فباطل يرد الى جميع الورثـة الا أن يجيزوا له ذلك ، وأما غير الوارث فله نصيبه " ينظر : الجزء ٥ /٥٦ ، ٥٧ ، وانظر : جواهرالاكليل ٢ / ٣١٨ ، وانظر : حاشية الدسوقي ٤ / ٣٨٠ ،

(٢) انظر : السراج الوهاج ص ٣٣٧ ، وانظر : المحلى لابن حزم ٩ / ٣٨٦ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٦ / ٤١٩ .

(٤) انظر : المحلي لابن حزم ٩ /٣٨٦ .

(٥) انظر : المغني مع الشرح الكبير٦ / ٤٢٠ .

يكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت ،فانه بذلك القول تلزم الوصية .

أما على القول الثاني القائل ببطلان الوصية للوارث ،وان أجازها سائر الورثة فان الاجازة على هذا القول تكون هبة مبتدأة تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأة .

القول الثالث :

ما حكاه صاحب البحر عن الهادى والناصر وأبي طالب وأبو العباس ،وهم من أئمة الشيعة الزيدية ،أن الوصية للوارث تجوز وتنفذ من غير توقف على اجازة الورثة ،كما لو وصى لأجنبي مادامت الوصية فى حدود الثلث ،وقد نسب هذا الرأى ايضا الى بعض الشيعة الامامية الاثني عشرية والاسماعيلية[(١)] .

الأدلـــة والمناقشـــة :

أولا : استدل أصحاب القول الأول وهم جمهور الفقهاء على أن الوصية للوارث صحيحة وموقوفة على اجازة الورثة بالأدلة الآتية : -

أولا :أن في الوصية للوارث بدون اجازة بقية الورثة أذى لبعض الورثة الذين لم يدخلوا في الوصية ،اذ فى ذلك ايثار بعضهم علي بعض فى العطاء مما ينجم عنه غرس بذور الشقاق والعداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة والأقربين مما يؤدى الى تطيعة الرحم ،وتهديد كيان الاسرة ووحدتها ،فمنعا لهذه الأضرار

---

(١) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ٦/٤٧ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٧٢ .

واتقاء لهذه المفاسد لم يجيزوا الوصية للوارث الا باجازة بقية الورثة ،فان أجازوها نفذت ،لأن الامتناع كان لحقهم ،وهم اسقطواه بالاجازة [(١)].

ثانيا : أن في الوصية للوارث حيفا ،فقد جاء في الحديث [(٢)]: " الحيف في الوصية من أكبر الكبائر " وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث [(٣)].

ثالثا : بأدلة منقولة ،وذلك ما روى من الأحاديث الآتية : -

١ - ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - :

---

(١) انظر : فتح البارى ٥/ ٣٧٣ ،مع المصدر السابق .

(٢) قال عنه الزيلعي انه غريب بهذا اللفظ ،وذكر أن الدارقطني أخرجه في سننه عن عمر بن المغيرة عن داود بن ابي هند عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " الاضرار في الوصية من الكبائر " انتهي .
ثم ذكر ان ابن مردويه رواه في تفسيره بلفظ : " الحيف في الوصية من الكبائر " أي باللفظ الذى ذكرناه الا أنه ذكر أن النسائي قد أخرجه في التفسير عن علي بن مسهر عن داود ابن أبي هند موقوفا ،وكذلك الدارقطني ثم البيهقي ،وقد صحح البيهقي وقفه ،وضعف رفعه .
وكذلك رواه موقوفا أبن أبي شيبه في مصنفه ،بسنده عن طريق داود ابن ابي هند ،كما رواه بالوقف ايضا عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن طريق داود بن أبي هند ،وزاد ثم تلا : " غير مضار وصية من الله " ،كذلك اخرجه بالوقف ايضا الطبرى ،فقد رواه بسنده عن داود بن ابى هند ايضا عن جماعة ،بلفظ : " الحيف في الوصية من الكبائر" كما هو في حديث ابن ابي عدى ،وعبد الأعلى " أنظر : نصب الراية للزيلعى ٤/ ٤٠١ ، ٤٠٢ .

(٣) المصدر السابق، وانظر تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢ .

: "لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة"[1] رواه الدارقطنى .

٢ - ما رواه عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال: " لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة " .

رواه الدار قطنى[2] .

٣ - ما رواه عمرو بن خارجه قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة "[3] .

٤ - ما رواه أبو أمامة[4] قال : " سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " ان الله قد أعطي كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث " رواه الخمسة . الا النسائى .

وفى ذلك يقول ابن حجر[5] فى الفتح : " لا يخلو اسناد كل منها من مقال ، ثم رجع فقال : " لكن مجموعها يقتضي أن للحديث

---

(١) انظر : سنن الدارقطنى ٤/ ١٥٢ ، وقال الشوكاني فيه ، وحديث ابن عباس حسنه فى التلخيص : " أى ابن حجر ، وقال فى الفتح ، رجاله ثقات لكنه معلول فقد قيل ان عطاء الذى رواه عن ابن عباس هو الخرسانى وهو لم يسمع من ابن عباس ثم قال بعد ذلك : الا أنه فى تفسير واخبار بما كان من الحكم قبل نزول القرآن فيكون فى حكم المرفوع ، قال ذلك بصدد ما أخرجه البخارى نحوه من طريق عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس موقوفا ، نيل الأوطار ٦/ ٤٦ .

(٢) انظر : نصب الراية ٤/ ٤٠٤ ، فقد أخرجه الدارقطنى بسنده عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده فى كتاب الفرائض .

(٣) اخرجه الدارقطنى ٤/ ١٥٢ ، وقد اخرجه ايضا البيهقي ، منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٤٦ .

(٤) انظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٤٥ ، ٤٦ .

(٥) انظر : فتح البارى ٥/ ٣٧٢ ، وانظر: نيل الأوطار ٦/ ٤٦ .

أصلا ،بل جنح الشافعي الى أن هذا المتن متواتر فقال:
" وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازى من قريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبى - صلى الله عليه وسلم- قال عام الفتح : " لا وصية لوارث " وهو نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد ،ثم قال الحافظ : " الحجة فى هذا اجماع العلماء على مقتضاه كما صرح بذلك الشافعي وغيره .

ويقول أبو بكر[١] الرازى الحنفي : " الخبر المأثور عن النبى - صلى الله عليه وسلم فى ذلك هو عندنا فى حيز المتواتر لاستفاضته وشهرته فى الأمة ،وتلقي الفقهاء اياه بالقبول ،كما قال العلامة[٢] ابن عابدين : " ان حديث أبى أمامة المذكور مشهور تلقته الأمة بالقبول " .

ه - أن النبى[٣] - صلى الله عليه وسلم - منع من عطية بعض الأولاد ،وتفضيل بعضهم على بعض فى حال الصحة وقوة الملك، وامكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذى لم يعطه - فيما بعد لما فيه من ايقاع العداوة والحسد بينهم - ففي حالة موته أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به ،وتعذر تلافي العدل

---

(١) انظر : أحكام القرآن ١/١٦٥،وأبو بكر الرازى هو أحمد بن على الرازى صاحب ابى الحسن الكرخي ،ولد سنة ٣٠٥،واليه انتهت رياسة العلم لأصحاب أبي حنيفة ببغداد ،وعنه أخذ فقهاؤها . توفي سنة ٣٧٠،انظر : طبقات الفقهاء ص ١٤٤ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٦ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٤١٩/٦ .

بينهم أولى وأحرى .

هـذا ولما عرفنا أن جمهور فقهاء المسلمين ومنهم الأئمة الأربعة ، يرون عدم صحة الوصية للوارث أوعدم نفاذها الا باجازة الورثة فانا نقول ان ذلك محل اجماع منهم ،كما علمناه فى عبارة الحافظ ابن حجر المتقدم ذكرها ،كما نضيف على ذلك ايضا ما قاله القرطبي[1] فى تفسيره أثناء الكلام على هذه المسألة حيث قال : " ونحن وان كان هذا الخبر بلغنا آحادا ،لكن قد انضم اليه اجماع المسلمين أنه لاتجوز وصية لوارث " كذلك قال ابن رشد[2] : " وأجمعوا كما قلنا أنها لاتجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة" لكن الفخر الرازى نازع فى هذا الاجماع ،كما نازع فى كون الحديث متواترا[3] .

وكان أقوى اعتراض[4] وجه لجمهور الفقهاء ،هو أن رأيهم مخالف لما دل عليه قول الله تعالى فى سورة البقرة : " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين[5] " من أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢٦٣/٢ .

(٢) انظر : بداية المجتهد ٣٢٩/٢ .

(٣) انظر : نيل الأوطار ٤٦/٦ .

(٤) انظر: عقد الوصية ٧٤ .

(٥) سورة البقرة آية ١٨٠ .

بنص الآية ، وفيهم الوارثون ، الا أنه بصدد دفع هذا الاعتراض كان للمفسرين وشراح كتب الحديث والفقهاء أقوال كثيرة وتأويلات مختلفة في هذه الآية وأجوبة كثيرة نوجز أهم ما قيل فيها على الوجه الآتي :

١ - فالذى عليه جمهور الفقهاء[(١)] ، أن هذه الوصية المذكورة في الآية كانت واجبة في أول الاسلام للوالدين والأقربين بحكم آية الوصية ، ثم نسخت ، واختلف في تعيين ناسخها ، فقيل انها اية الفرائض ، وقيل الأحاديث المذكورة ، وقيل دلّ الاجماع على ذلك وان لم يتعين دليله ، وفي ذلك يقول أبو السعود[(٢)] الحنفي عند تفسيره لقوله تعالى : " كتب عليكم " الآية ، : " كتب فرض ، وكان هذا الحكم في بدء الاسلام ، ثم نسخ عند نزول آية المواريث بقوله صلى الله عليه وسلم : " ان الله أعطى كل ذى حق حقه ، ألا لا وصية لوارث "[(٣)] ، فانه وان كان من أخبار الآحاد ، فقد تلقته الأمة بالقبول ، فانتظم في سلك المتواتر في صلاحيته للنسخ عند أئمتنا - على أن التحقيق أن الناسخ حقيقة هي اية المواريث ، وانما الحديث مبين لجهة نسخها ... "

وقد رجح القرطبي القول بأن آية المواريث لم تستقل بنسخها بل بضميمة أخرى وهي قوله - صلى الله عليه وسلم -[(٤)] : " ان الله

---

(١) انظر : نيل الاوطار مع منتقي الأخبار ٦/ ٤٦ ، ٤٧ ، وانظر : فتح الباري ٥/ ٣٧٣ .

(٢) انظر : تفسير ابي السعود ١/ ١٥١ .

(٣) انظر : نصب الراية للزيلعي ٤/ ٤٠٣ ، فقد رواه بهذا اللفظ عن أبي امامة ابن ماجة في سننه .

(٤) سبق تخريجه بهذا اللفظ .

قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث " . ولذلك نراه يقول[(١)] : " فنسخ الآية انما كان بالسنة الثابته لا بالارث على الصحيح من أقوال العلماء ، ولولا هذا الحديث لأمكن الجمع بين الآيتين[(٢)] ، لجواز اجتماع الميراث والوصية معا ، لكن منع من ذلك الحديث والاجماع .... " .

وقيل[(٣)] ان الآية نسخت نسخا جزئيا في بعض ما اشتملت عليه ، فقد كانت الوصية بمقتضي هذه الآية واجبة لوالدى الموصي وأقربائه الذين يرثونه ، والذين لا يرثونه ، ثم نسخ الله منهما بآية المواريث الوصية لوالدى الموصي واقربائه الذين يرثونه ، وأبقي الوصية لمن كان منهم لا يرثه[(٤)] ، ففي البخارى[(٥)] عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : " كان المال للولد ، وكانت الوصية للوالدين ، فنسخ الله من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع " وفى ذلك يقول

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٦٣ ، وانظر : احكام القرآن للجصاص ١ / ١٦٦ .

(٢) وذلك بأن يأخذ الورثة المال عن المورث بالوصية ، وبالميراث ان لم يوص أو ما بقي بعد الوصية . انظر : المصدرين نفسيهما .

(٣) المصدران السابقان .

(٤) انظر : جامع البيان للطبرى ٣ / ٣٨٨ ، وانظر : فتح البارى ٥ / ٣٧٣ .

(٥) انظر : صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٥ / ٣٧٢ ، كما ذكر بأن ابن جرير الطبرى ، قد أخرجه من طريق مجاهد بن جبر عن ابن عباس بلفظ : " وكانت الوصية للوالدين والاقربين الخ " ، وقال بعد ذلك : " فظهرت المناسبة بهذه الزيادة . انظر : المصدر السابق .

ابن المنذر[١] : " أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن ، الوصية للوالدين اللذين لا يرثان والأقرباء الذين لا يرثون جائزة" ويقول[٢] ابن عباس ، والحسن ، وقتادة : " الآية عامة ، وتقرر الحكم بها برهة من الدهر ، ونسخ منها كل من كان يرث بآية الفرائض " .

وتأسيسا على الرأى الذى يقول بنسخ آية الوصية كلها أو في بعض ما تتناوله لم يبق تعارض بين الآية ، وبين الأحاديث التى دلت على عدم جواز الوصية للوارث الا باجازة الورثة ، ولا بين ما رآه جمهور العلماء من توقف نفاذ الوصية للوارث على اجازة الورثة .

٢ - وذهب فريق من المفسرين والفقهاء الى أن آية الوصية محكمة غير منسوخه وأنها غير مخالفة لآية المواريث ، الا أنهم لم يسلكوا طريقا واحدا فى بيان أحكامها ، بل اختلفوا فى ذلك على طريقين : -

فبعضهم فسرها بما يخرج الوصية فيها عن الوصية بالمال التى هي موضوع البحث ، فقال معناها : " كتب عليكم ما أوصي به الله عز وجل من توريث الوالدين والأقربين فى قوله تعالي فى آية المواريث : " يوصيكم الله في أولادكم[٣] " الى آخر الآية ، أو كتب على المحتضر أن يوصي للوالدين والأقربين بتوفير ما أوصي به الله تعالى عليهم ، وألا ينقص من انصبائهم[٤] ، وقال أبو ثور : ان

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٦٢ .
(٢) انظر : المصدر السابق . (٣) سبق تخريجها .
(٤) انظر : التفسير الكبير ٥ / ٦٧ .

المراد من الوصية الواجبة في الآية هي وصية من عليه دين أو عنده مال لأحد ، وكذا من كانت له حقوق عند الناس يخشى ضياعها على الورثة ، فواجب عليه أن يكتب وصيته ويخبر بما عليه ، فأما من لا دين عليه ولا وديعة عنده ، فليست بواجبه عليه الا أن يشاء الورثة (١).

٣ - وقيل ان الآية مخصوصه ، فظاهرها العموم ، فيمن يرث من الوالدين والأقربين ومن لا يرث ، ومعناها الخصوص في الوالدين اللذين لا يرثان كالكافرين والعبدين ، وفي القرابة غير الورثة ، وذلك لأن لفظ الوالدين والأقربين يعم الوارث وغيره ، الا أنه خص من يرث بآية الفرائض ، وبالأحاديث الواردة في الوصية للوارث، وبقي العموم في حق من لا يرث من الأقربين في الوصية على حاله وهذا الرأي منسوب لطاووس (٢) ، والضحاك والحسن وغيرهم ، واختاره الطبري (٣) ، وهو الذي نرجحه ، لأن النسخ لا يلجأ اليه الا عند تعذر الجمع بين النصوص المختلفة في ظاهرها ، أما اذا أمكن الجمع والتوفيق فلا ضرورة لدعوى النسخ ، وهنا الجمع والتوفيق ممكنا ، بل سائغان ومقبولان ، وذلك بقصر آية الوصية على الوالدين والأقربين الذين لا يرثون ، أما الذين يرثون منهم ، فانه يعرف الحكم

---

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(٢) طاووس هو أبو عبد الرحمن بن كيسان اليماني مولي أبناء الفرس ، كان فقيها جليلا قال فيه خصيف : " أعلمهم بالحلال والحرام طاووس . مات بمكة حاجا سنة ١٠٦ هـ ، انظر: طبقات الفقهاء ص ٧٣ .

(٣) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

بالنسبة اليهم بالرجوع الى آية الفرائض ،وأحاديث الوصية للوارث - واعمال جميع النصوص - متى أمكن - أولى من اعمال بعضها وترك بعضها الآخر .

وبما تقدم يتبين لنا على هذا الرأى الذى رجحناه أن المراد من الوالدين والأقربين فى آية الوصية ،الوالدان والأقربون الذين لا يرثون . وبذلك تصبح هذه الآية موافقة لأحاديث الوصية للوارث ، ومع رأى جمهور العلماء والفقهاء القاضي بتوقف نفاذ الوصية للوارث على اجازة جميع الورثة[(١)] .

ثانيا : أدلة القول الثاني : -

احتج أصحاب القول الثاني بظاهر ما روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم : " لا وصية لوارث[(٢)] "،وعللوا ذلك بأن الله تعالى منع من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله - صلى الله عليه وسلم - ،فاذا أجاز الورثة ذلك فابتداء عطية من عند أنفسهم ،فهو مالهم[(٣)] .

ونوقش هذا الدليل[(٤)] : بأنه قد ورد فيه : " الا أن يجيز الورثة " والاستثناء من النفي اثبات ،فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية عند الاجازة ،ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أولا زمة

---

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/ ٢٥٩، ٢٦٢ ،وانظر : جامع البيان ٣/ ٣٨٧ ،وعقد الوصية ٧٤ ، ٧٥ ،وانظر : نيل الأوطار ٦/ ٤٧ .

(٢) سبق تخريجه . (٣) انظر : المحلي لابن حزم ٩/ ٣٨٦ .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤١٩ .

أو ما أشبه ذلك ،أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة ،يضاف الى ذلك أن الظاهرية وهم ممن قال ببطلان الوصية وان أجازها الورثة لا يعللون النصوص ،ولهذا قال صاحب بداية المجتهد[(١)] في بيان منشأ الخلاف بين الجمهور وقول أهل الظاهر ،وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة : قال لا يجوز وان أجازها الورثة ،ومن قال بالمنع لحق الورثة : أجازها اذا أجازها الورثة ،لأنهم أسقطوا حقهم برضاهم فارتفع المانع من صحة الوصية أو نفاذها ومما لا شك فيه أن الأدلة قد تضافرت على أن أحكام الشريعة معقولة المعنى ،وبذلك يكون هذا الرأى ضعيفا مرجوحا ،وكذلك فان أصحاب هذا الرأى اعتبروا اجازة الورثة ان وجدت عطية مبتدأه تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض ،وكأنهم جعلو منع الوصية للوارث لحق الشرع حذرا من تغيير الفروض والأنصباء التي قدرها الشارع ،فلا أثر لرضى الورثة[(٢)] .

ثالثا : أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول - وهم القائلون بجواز الوصية للوارث ونفاذها من غير توقف على اجازة الورثة بقوله تعالى[(٣)] : " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " .

---

(١) انظر : بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٩/٢ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٧٥/٧٦ .

(٣) سورة البقرة آية "١٨٠" .

فقد قالوا ان نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز[1] .

وقد رد الجمهور على هذا الدليل بأن حديث ابن عباس صرح بنفس الجواز في قوله - صلى الله عليه وسلم - : " الا أن يشاء الورثة " وبأن الآية منسوخة بآية الفرائض ،أو بالأحاديث التى ذكرناها على التفصيل الذى قدمناه أثناء ذكر أدلة القول الأول .

والذى نرجحه أن تكون آية الوصية محكمة[2] على أن تكون من قبيل العام الذى خصص ،ويبقى وجوب الوصية فيها خاصا بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون ،وعدم نفاذها ،لمن يرث منهم الا باجازة بقية الورثة ،وهو مارآه جمهور علماء المسلمين وفقهائهم ،وترجيح هذا الرأى راجع الى أمور اقتضت ترجيحه ،اذ على هذا الرأى تكون آية الوصية محكمة ،ويبعد عنها دعوى النسخ الذى لا ضرورة اليه ،كما أنه على هذا الرأى يبقى للآية الحكم المتبادر منها وهو وجوب الوصية ،أخذا من قوله : " كتب عليكم " غير أنه مخصوص بمن لا يرث من الوالدين والأقربين ،اذ أنه في ايجاب الوصية لهؤلاء ،لاسيما الفقراء منهم سد حاجة المحتاجين وصلة الأرحام التى أكد الله مراعاتها والعناية بها بقوله :" واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام[3]" . وقوله : " أن الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى[4])

---

(١) نيل الأوطار ٦/ ٤٧ .

(٢) عقد الوصية ٧٦ .

(٣) سورة النساء آية "١" .

(٤) سورة النحل آية " ٩٠ " .

أما الذين يرثون فقد ثبت حكم الوصية لهم من أدلة أخرى كما أنه فى ترجيح هذا الرأى مراعاة للنصوص الأخرى واعمالا لها كالأحاديث المانعه من الوصية للوارث ، وآية المواريث ، ومن غير شك أن فى مراعاة هذه النصوص جميعها ، والتوفيق بينها ، تحقيق للمصالح ، ودرء للمفاسد التى تترتب على جواز الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة[1] .

مسلك قانون الوصية المصرى فى الوصية للوارث :

كانت المحاكم الشرعية المصرية حتى صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، تحكم بمقتضي المذهب الحنفي ، والذى يوافق الرأى الراجح المشهور فى الفقه الاسلامي ، والذى يقضي بعدم جواز الوصية للوارث ولو بما قل عن ثلث التركة الا باجازة بقية الورثة ، فان أجازوها نفذت ، والا بطلت ، وكذا تنفذ ايضا اذا لم يكن للموصى وارث آخر سوى الموصى لـه .

لكن لو أجازها بعض الورثة دون بعض ، جازت فى حصة من أجازها بنسبة ما يخصه ، وبطلت فى حصة من لم يجز ، وكانت المحاكم الشرعية المصرية تأخذ بهذا الرأى تطبيقا للمادة ٥٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدرى باشا ، والتى نصها : " لا تجوز الوصية لوارث الا اذا أجازها الورثة بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع ، ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت موت الموصي لا وقت الوصية ، وليس للمجيز أن يرجع فى اجازته ، واذا أجازها بعض الورثة وردها البعض جازت

---

(١) انظر : عقد الوصية ٧٦ .

على المجيز بقدر حصته ،وبطلت فى حق غيره ".[١]

الا أنه لما صدر قانون الوصية ،أجاز الوصية بالثلث للوارث وغيره، ونفاذها من غير اجازة الورثة[٢] ،جاء ذلك واضحا فى مادته السابعة والثلاثين[٣] : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ،وتنفذ من غير اجازة، الورثة ،وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ فى الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الخزانة العامة ".

وهذا النص يدل على جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره مع نفاذها من غير توقف على اجازة الورثة ،وترك العمل بما كان مقررا قبل صدور القانون ،وهو عدم جواز الوصية للوارث الا باجازة الورثة اذن فما الذى حمل القانون على ترك ما كان معمولا به من قبل .

وقد أجابت المذكرة[٤] التفسيرية لمشروع قانون الوصية بأن القانون قد اعتمد فى ذلك على خمسة أمور :

الأول : أن صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب جمهور الفقهاء .

الثاني : أن نفاذ الوصية مأخوذ من الآية الكريمة وهى قوله تعالى : كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين

---

(١) انظر : عقد الوصية ٧٧ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) شرح قانون الوصية ص ٢٨٠ .

(٤) المصدران السابقان .

والأقربين بالمعروف حقا على المتقين "[1] .

الثالث : أن نفاذ الوصية للوارث هو رأى لبعض المفسرين ، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني .

الرابع : أنه قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة .

الخامس : أن حاجة الناس تدعو الى اختيار القول بجواز الوصية للوارث .

ولكن هذه الأمور التى ذكرتها المذكرة التفسيرية هل هي كافية فى سلامة الحكم الذى قررته المادة المشار اليها أم أنها لا تخلو من الضعف ، الذى معه لاتسوّغ ما ذهبت اليه من ذلك الحكم ؟ ولكي نستوضح ذلك ، نناقش كل مسوغ على حده ، فنقول : -

أما الدليل الأول :

فسلم به ، ولكنه لا ينتج المطلوب ، الذى جاءت به المادة السابعة والثلاثون ، وهو جواز الوصية للوارث ونفاذها من غير توقف على اجازة الورثة ، وذلك أن جمهور الفقهاء وان صححوا الوصية للوارث ، الا أنهم يرون أن ذلك متوقف على اجازة الورثة فلا تنفذ الا برضاهم ، والا اعتبرت باطلة ، وهذا الحكم عند الفقهاء على خلاف ما قررته المادة المشار اليها ، اذ أنها نصت على أنه : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفيذ من غير اجازة الورثة "

أما الدليل الثاني :

وهو أن نفاذ الوصية للوارث مأخوذ من آية الوصية ، فان هذا غير مسلم به عند جمهور العلماء ، اذ رأى فريق منهم أن الآية

---

(١) سورة البقرة آية : "١٨٠" .

منسوخة في حق الوارث وغيره ، ورأى فريق آخر أنها منسوخة في حق من يرث فقط ، في حين رأى فريق ثالث أنها غير منسوخة وانما هي من قبيل العام الذى خص ، وهو مارجحناه ، فخصوها بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون ، ومما سبق يتضح لنا أن واضعى تلك المادة المشار اليها ، لا يستطيعون أن يتخذوا الآية سندا لهم فى نفاذ الوصية للوارث ، الا على القول بأنها محكمة وعامة تشمل الوارثين وغيرهم من الأقارب مع عدم قبولهم للأحاديث الصريحة التى تقضى بعدم صحة الوصية للوارث الا باجازة الورثة ومع ما يترتب على هذا القول من الجمع بين الميراث والوصية لبعض الورثة وهم الموصى لهم دون بعض ، مما ينجم عنه كثير من المفاسد ، عند عدم اجازة الورثة ، على أنه رأى مرجوح لطائفة قليلة من العلماء [(١)].

وأما ما قيل فى المسوغ الثالث ، من أن هذا الرأى هو رأى لفريق من المفسرين ومنهم أبو مسلم الاصفهاني ، " فانه [(٢)] لا يستقيم على اطلاقه - لأن المعزو الى هذا الفريق الذى لم يعين ، والى أبي مسلم أن الآية محكمة غير منسوخة ، وهذا لا يستلزم على وجه الحتم أن يكون رأيه هو نفاذ الوصية للوارث بلا قيد ولا شرط ، لجواز أن يكون معناها العموم والخصوص على الوجه الذى سبق بيانه ، فتكون الآية خاصة بالأقربين غير الوارثين ، ولذلك فان

---

(١) انظر : عقد الوصية ٧٩ .

(٢) انظر : المصدر نفسه .

فخر الدين الرازى فى تفسيره لما أراد أن يوجه قول أبي مسلم الأصفهاني في الآية : " أنها غير منسوخة لم يجزم بالرأى الذى أوردته المذكرة التفسيرة ،ونسبته على سبيل الجزم الى أبي مسلم بل ذكر احتمالات ثلاثة[1] فقال[2] : " اختلف القائلون بوجوب الوصية فمنهم من قال : هذه الآية صارت منسوخة ،ومنهم من قال : انها ما صارت منسوخة ،وهذا اختيار أبي مسلم الأصفهاني وتقرير قوله من وجوه : (أحدها) أن هذه الآية ما هي مخالفة لآية المواريث بل معناها (كتب عليكم ما أوصى به تعالى من توريث الوالدين والأقربين) من قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم[3] " أو كتب على المحتضر أن يوصي للوالدين والأقربين بتوفير ماوأوصى به الله تعالى لهم عليهم ،وألا ينقص من أنصبائهم .

(وثانيها) أنه لامنافاة بين ثبوت الميراث للاقرباء بالميراث،وثبوت الوصية عطية من الله تعالي .... فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين .

(وثالثها) لو قدرنا حصول المنافاة لكان يمكن جعل آية المواريث مخصصة لهذه الآية ،وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين ثم آية المواريث تخرج القريب الوارث ،ويبقي القريب الذى لايكون وارثا داخلا تحت حكم هذه الآية ،وذلك لأن من الوالدين من يرث ومنهم من لايرث ، وذلك بسبب اختلاف الدين ،الى أن قال : " فكل

---

(١) المصدران السابقان .

(٢) انظر : التفسير الكبير ٥/ ٦٧ ، ٦٨ .

(٣) النساء آية ١١ .

من كان وارثا من هؤلاء (يعني الوالدين والاقربين) لم تجز الوصية له لأجل صلة الرحم ... ثم قال : " فهذا تقرير مذهب أبي مسلم في هذا الباب .

كذلك ما قيل في المسوغ الرابع : وهو أن هذا قول فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة ،ليس بالحجة القوية التي يصح أن يستند اليها من غير المذاهب الأربعة ،ليس بالحجة القوية التي يستند اليها في تقرير حكم مخالف لرأى جمهور الفقهاء والعلماء ،ومنهم الأئمة الأربعة ،وهو رأى تؤيده الأدلة النقلية ، وتدعمه البراهين العقلية والقواعد الفقهية ،كما تقدم لنا في موضعه .

وأما الدليل الخامس :

الذى أوردته المذكرة التفسيرية ،وهو أن حاجة الناس دعت الى اختيار القول بجواز الوصية للوارث ،فهذا قول لا يعضده دليل ولا يجد من الواقع مؤيدا ،ولا يستند الى احصاء دقيق ولا الى تجربة صحيحة ،على أنه لو فرض قيام الحاجة عند بعض الناس فهي ليست بكافية لتقرير هذا الحكم ،فضلا عن أن تتخذ أساسا لتشريع عام ،لأنها ليست قائمة على أساس سليم من العدل وتحقيق المصلحة العامة ،ذلك لأن في القول بنفاذ الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة ايثارا لبعضهم على بعض في العطاء ،وهذا يؤدى الى وقوع الشحناء ،واثارة العداوة ،والبغضاء بين الأقربين مما يترتب عليه تقطيع الأرحام ،وتهديد الأسرة في أشد ما تحرص عليه من وحدة ومحبة وتعاون (١) .

---

(١) انظر : عقد الوصية ٧٩/ ٨٠ .

وفي هذا المعنى يقول[1] الشيخ أبو زهرة : " ان القانون فى هذا الجزء يخالف ما كان عليه المسلمون من أقدم العصور الى اليوم من غير حاجة واضحة الى هذه المخالفة ،وأن هذه المخالفة تنتهي الى مخالفة قسمة الله العادلة فى المواريث من غير مبرر.. ثم يقول : " ان هذا الجزء من القانون يثير البغضاء بين آحاد الأسرة ،لأنه سيوغر صدور من لم ينالوا ما نال ذو الحظوة،وانه لن يكون سبيل عدل ،بل سيكون فى أكثر أحواله لغير العدل ولغير ذى الحاجة ،وضرب لذلك مثلا فقال : " واعتبر ذلك بالأوقاف التى استخدمت لمحاباة بعض الورثة ،أو العقود التى كانت فى حقيقتها وصايا ،وفى مظاهر من البيوع ،فأكثرها لم تدفع اليه الحاجة عند المختص بالخير ،بل المحبة الجامحة والأثره الظالمة ... " .

ونخلص بهذا العرض لما جاءت به المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية أن ما اعتمد عليه القانون من الأمور السابقة لا ينهض دليلا على جواز الوصية للوارث بدون اجازة الورثة ورضاهم لا سيما اذا علمنا مع ما تقدم أن فيه مخالفة للقواعد المشهورة فى الفقه الاسلامي ،كقاعدة " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح " والمفاسد المترتبة على ايثار بعض الورثة على بعض بالوصية لا تحصى على نحو ما قدمناه ،وايضا مخالف لقاعدة " الحكم يتبع المصلحة الراجحة " ، والمصلحة الراجحة هنا هي في الابقاء على كيان الاسرة ووحدتها[2].

---

(١) شرح قانون الوصية ٧٣/٧٤ .

(٢) المصدران السابقان .

لذلك فالرأى العادل هو تعديل[1] المادة (٣٧) من قانون الوصية ،وذلك بالرجوع الى الذى كان معمولا به ، قبل صدور القانون ،وهو عدم جواز الوصية للوارث ،أو عدم نفاذها الا باجازة الورثة ،لكونه هو الرأى الذى تؤيده الأدلة النقلية وتعضده البراهين العقلية ،على نحو ما سبق بيانه .

والله الموفق .

*** *** ***

---

(١) انظر : عقد الوصية ٧٩/٨٠ .

المبحث الثامـــن

وقت اعتبار الموصى له وارثـــا

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اعتبار كون الموصى لـــه وارثا وقت الموت لا وقت الوصية ،لأنها تمليك مضاف الى مابعـــد الموت ،فيعتبر وقت التمليك[1] ، وقد حكى ابن قدامة اجماع أهـــل العلم على ذلك .

* فقال في المغنى[2] : " لانعلم خلافا بين أهل العلم فى أن اعتبـار الوصية بالموت .... " واعتبار نفاذ الوصية بالموت ،هو معنى اعتبار كون الموصى له وارثا يوم موت الموصي ،لا وقت انشاء الوصية .

* وقد جاء هذا تفسيرا واضحا فى عبارة صاحب " مطالب أولي النهي[3] " اذ قال : " والاعتبار بكون من وصى له بوصية أو وهب له هبة مـــن قبل مريض وارثا أو لا عند الموت ... " .

* وفى السراج الوهاج[4] : " والعبرة فى كون الموصى له وارثا أو غـير وارث بيوم الموت ... " فلو[5] أوصى لأخيه الشقيق ،ولم يكن لـــه ابن وقت الوصية ،ثم ولد له ابن صحت الوصية للأخ ،لأنه ليس وارثا

---

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/ ٤٣٠ ،وانظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٣٠ .

(٣) انظر : مطالب أولي النهي ٤/ ٤٥٣ .

(٤) انظر : السراج الوهاج ص ٣٣٧ ،وانظر : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ٤٣٥ - ٤٣٦ .

(٥) المصادر السابقة

للموصي عند موته ، وان كان وارثا وقت الوصية ،وبخلاف ذلك مالو أوصي لأخيه وله ابن وقت الوصية ،ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للأخ ،لأنه صار وارثا[1] ،والى ذلك أشار صاحب المغني بقوله[2]: " فلو أوصى لثلاثة أخوة له متفرقين ولا ولد له ،ومات قبل أن يولد له ولد ، لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب الا بالاجازة من الورثة ،وان ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا من غيراجازة اذا لم تتجاوز الوصية الثلث ... ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته ، لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ... وجازت لأخيه من أبيه ،فان مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب ايضا لأنه صار وارثا " . ومثل ذلك ايضا ما لوأوصى شخص لزوجته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل موته صحت الوصية لها لأنها لا ترثه عند موته ،وان كانت ترثه وقت الوصية ،لأن اعتبار الموصى له وارثا هو وقت الموت لا وقت انشاء الوصية ،كما بينا ،وبخلاف ذلك ما لوأوصى شخص لأجنبيه ثم تزوجها ومات وهى فى عصمته، فان الوصية لاتصح الا باجازة الورثة ،لأنها أصبحت ترثه وقت الموت .

***   ***   ***

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ١٨٢/٦ .

(٢) انظر : المغنى مع الشرح ٤٣٠/٦ . - بتصرف -

المبحث التاسع

الوصية للذمي وللحربي

أولا : الوصية للذمي :

لا نزاع بين فقهاء المذاهب فى صحة وصية المسلم للذمي[(١)]، فقد روى اجازة ذلك عن شريح ، والشعبي ، والثورى ، والشافعي ، والحنفية والمالكية ، والحنابلة[(٢)] ، وفى ذلك يقول ابن حزم : " والوصية للذمي جائزة ، ولا نعلم فى هذا خلافا " .

وكما حكى صاحب الزخار اجماع العلماء على ذلك أيضا بقوله[(٣)]: " وتصح الوصية لأهل الذمة اجماعا " .

فقد روى[(٤)] عن محمد بن الحنفية ، وعطاء[(٥)] ، وقتادة فى قوله تعالى :

---

(١) وهو غير المسلم من اليهود والنصارى ، وعبدة الأوثان من العجم ، الذى يقيم بين المسلمين راض بحكمهم ، ويدفع الجزية لهم ، يصافي من يصافيهم ، ويعادى من يعاديهم ؛ أما عبدة الأوثان من العرب فلا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف . انظر : التركة ١٧٧ .

(٢) انظر : المحلى ٩ / ٣٩٣ ، وانظر : المغنى والشرح الكبير ٦ / ٥٣٠ .

(٣) انظر : التركة للكشكي ص ١٧٧ ، فقد اقتبسه .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٦ / ٥٣٠ .

(٥) عطاء هو : أبو محمد عطاء بن أبى رباح بن أسلم القرشي مولاهم المكي الأسود ، ولد فى جند اليمن ، ونشأ بمكه ، قال فيه أبو حنيفة : " ما رأيت أفضل من عطاء " وكان مفتى مكة ومحدثها . قال فيه ابن عباس : " تجتمعون علي وعندكم عطاء " . توفي فى مكة سنة ١١٤ هـ
==

" الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفا[1] " ، بأنه وصية المسلم لليهودى والنصراني[2] ، فلم يشترطوا اتحاد الدين والمله ، وذلك لأن الوصية فى ذاتها من أعمال البر والصله ، وصلة أهل الذمة غير منهى[3] عنها لقوله تعالى : " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من ديار كم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين[4] " ، ولأن الهبة له ، والصدقة عليه صحيحه ، فتصح له الوصية كالمسلم ، فقد روى[5] الدارمي بسنده عن ابن عمر أن صفية أوصت لنسيب لها يهودى ".

== انظر : وفيات الأعيان ٢ / ٤٢٣ ، ٤٢٥ ، وتذكرة الحفاظ ١ / ٩٨ .
وتهذيب التهذيب ٧ / ١٩٩ ، والاعلام ٥ / ٢٩ .

(١) سورة الأحزاب آية "٦" .

(٢) قيد ابن رشد من المالكية جواز الوصية للذمي بكونه ذا سبب من جوار أو قربة أو يد سبقت لهم ، فان لم يكن ذا سبب فالوصية محظورة له ، فى حين يرى ابن القاسم الكراهة فقط ، أما أشهب فانه يرى الجواز مطلقا ، وقد قيد ابن رشد هذا الجواز بما ذكرناه . انظر: حاشية الدسوقي ٤ / ٣٧٩ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦ / ٤٨ ، وانظر: الخرشي على مختصر خليل ٨ / ١٧٠ . وانظر : المغني مع الشرح الكبير ٦ / ٥٣٠ ففيه : " ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وانظر : تبيين الحقائق ٦ / ١٨٣ ، ١٨٤ .

(٣) بخلاف الميراث ، لأنه مبني على الولاية والخلافة بمعنى أنه يبقى للوارث المال الذى خلفه المورث ، واختلاف الدين يقطع الولاية ، أما الوصية فانها تمليك بعقد مبتدأ ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ، ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث . انظر : المبسوط للسرخسي ٢٧ / ١٤٧ .

(٤) الممتحنة آية "٨" .

(٥) انظر : سنن الدارمي ٢ / ٤٢٧ ، وانظر: الكافي ٢ / ٤٧٩ .

ثانيا : الوصية للحربي : -

اذا أوصى مسلم لحربي ،فهذا الحربي اما أن يكون قد دخل دار الاسلام بأمان ليقيم فيها مدة محدودة لغرض تجارة أو نحوها من غير أن يكتب جنسية ولا رعوية ،واما أن يكون في بلاد الحرب الذى ليس بينها وبين دار الاسلام عهد ولا أمان[1].

فالأول يسمى مستأمنا . والثاني يسمى حربيا .

وقد اختلف الفقهاء في الوصية لهما على الوجه الآتي :

الوصية للمستأمن : -

فالذى ذهب اليه المالكية[2] ،والشافعية[3] والحنابلة[4] هو صحة الوصية للمستأمن سواء كانت من المسلم أو من الذمي ،وهو الرأى الظاهر[5] عند الحنفية ،وذلك لأنه مادام في دار الاسلام فهو بمنزلة الذمي ،في المعاملات ،ولهذا تصح عقود التمليكات والتبرعات منه في حال حياته ،فكذا بعد مماته[6].

---

(١) أحكام الوصايا والاوقاف ٣٩ للدكتور بدران ،وأحكام الوصايا للشيخ شلبي ص ٧٢

(٢) وفي ذلك فقد ورد في الخرشي على مختصر خليل : " وتصح الوصية للذمي ... وسواء كان للذمي حق جوار أولا ،فهو المستأمن قريبا كان أو أجنبيا " ٨/ ١٧٠ .

(٣) فقد ورد في نهاية المحتاج ٦/ ٤٨ ،" وتصح لذمي ومعاهد ومؤمن ولأهل الذمة والعهد لا بنحو مصحف ،كما تحل الصدقة عليهم " .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٥٣٠ .

(٥) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ ، ٢٠٦ .

(٦) انظر : المصدر السابق . وانظر : المبسوط ٧/ ١٤٦ ، ١٤٧ .

وقد روى عن أبى حنيفة وأبي يوسف عدم جواز الوصية له، لأنه من أهل الحرب حكما، اذ أنه على قصد الرجوع حيث لا يمكن من الاقامة الدائمة بين المسلمين الا بدفع الجزية، فهو فى داره حكما حتي يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث[١]، والأول أظهر، لأن[٢] الوصية تمليك مبتدأ، ولهذا تجوز للذمي بخلاف الارث.

الوصية للحربي غير المستأمن :

وهو من ليس له عهد ولا أمان، وقد اختلف الفقهاء ايضا فى الوصية له، فالذى ذهب اليه الحنفية في القول المعتمد عندهم أن الوصية للحربي لاتصح، فقد ورد فى الجامع الصغير: "الوصية لأهل الحرب باطلة"[٣].

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/٢٠٦ .

(٢) انظر : البحر الرائق ٨/٥٢٠، وانظر : تبيين الحقائق ٦/٢٠٦ .

(٣) وهناك رأى آخر للحنفية يقول بجواز الوصية للحربي في دار الحرب، فقد ذكر شراح الجامع الصغير أن فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي، الا أن الكتب قد اضطربت فى نقل عبارة السير الكبير واختلف تبعا لذلك الشراح في فهم المراد منها، وفي وجه التوفيق بين ما تدل عليه وبين ماهو معروف في المذهب الحنفي من القول بعدم جواز الوصية للحربي اذا كان بدار الحرب، فقد قيل في المراد بما يدل على الجواز بأنه ما ذكر في شرح السير الكبير للسرخسي : "من أنه لا بأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا، محاربا كان أو ذميا، لما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعث

* وقال العيني[1] فى شرحه : " ولا تصح للحربي عندنا خلافا للثلاثة " في حين ذهب مالك والشافعية في الأصح[2] عندهم وهو المنصوص[3] عن احمد أن الوصية للحربي فى دار الحرب صحيحة اذا لم يكن مقاتلا ، ولم تكن بنحو سلاح .

فقد ورد في نهاية المحتاج[4] : " وتصح لحربي بغير نحو سلاح " وفي المغني[5] لابن قدامه : " وتصح الوصية للحربي فى دار الحرب نص عليه أحمد " .

== بخمسمائة دينار الى مكة حين قحط أهلها لتفرق على فقرائها ، ولأن صلة الرحم محمودة عند كل عاقل وفى كل دين وعلى ذلك فما فى السير الكبير انما يدل علي جواز الصلة دون الوصية خلافا لما فهمه شراح الجامع الصغير ، ويصير الخلاف فى جواز صلة الحربي فقط . كما أن ابن عابدين نقل عن محمد بن الحسن ما يدل على جواز الهدية حيث قال : " ولا بأس ايضا بالهدية الى المشرك المحارب مالم يهد اليه سلاح أو درع . انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٥٥ بتصرف .

(١) المصدر السابق . وانظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ .

(٢) ورأى آخر يقول بعدم صحة الوصية للحربي كقول أبى حنيفة . ينظر المجموع ١٥/ ٥٢ ، ومواهب الجليل ٦/ ٣٦٨ .

(٣) على الصحيح من المذهب ولذلك قال صاحب الانصاف بأن صحة الوصية للحربي هو قول جماهير الأصحاب ، وقال في الفروع هذا المذهب وقال فى الرعاية : هذا الأشهر كالهبة اجماعا ، وقد قيد الحارثي صحة الوصية له بما اذا لم يتصف بالقتال والمظاهره ، والا لم تصح . انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٥٣٠ . وانظر: الانصاف ٧/ ٣٢١، ٣٢٢ .

(٤) انظر : نهاية المحتاج ٦/ ٤٨ .

(٥) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٥٣٠، ٥٣١ .

الأدلة والمناقشة

أولا : استدل من قال بعدم صحة الوصية للحربي بأن في الوصية له برا به واعانة على حربنا ، وقد نهينا عن برهم بقوله تعالى : " انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ، واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون "[١] . فدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره[٢] .

ونوقش هذا الدليل بأن الآية حجة فمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهينا عن توليه لا عن بره والوصية له ، وان احتج " المذهب الحنفي " بالمفهوم فهو لا يراه حجة ، ثم انه قد حصل الاجماع على جواز الهبة ، والوصية في معناها[٣] .

ثانيا : استدل من قال بصحة الوصية للحربي بدار الحرب :

أولا : بأنه لما صحت هبته ، صحت الوصية له كالذمي[٤] .

ثانيا : وبما رواه البخاري[٥] بسنده عن عبد الله بن عمر - رضي الله

---

(١) سورة الممتحنة آية "٩" .

(٢) انظر : رد المحتار ٦٥٥/٦ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٥٣١/٦ .

(٤) المصدر نفسه .

(٥) انظر : صحيح البخاري بشرحه ٢٢٨/٥ ، ٢٣٢ ، وجـ ٢٩٦/١٠ ، فقد رواه البخاري بسنده عن ابن عمر بطرق ثلاثة أحدها ، عن عبد الله بن مسلمة عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ، والثانية عن خالد بن مخلد عن سليمان بن بلال قال حدثني عبد الله بن دينار عن ابن عمر - رضي الله عنهما - والثالثة عن موسي بن اسماعيل قال حدثني جويريه عن نافع عن عبد الله بن عمر .

عنهما - قال : " رأى عمر بن الخطاب[1] حلة[2] سيراء[3] عند باب المسجد فقال : " يارسول الله ،لو اشتريتها فلبستها يوم الجمعة للوفد ،قال : انما يلبسها من لا خلاق له في الآخرة ،ثم جاءت حلل ،فأعطي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عمر منها حلة ،

---

(١) هو أبو حفص ،عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ،القرشي العدوى ،ثاني الخلفاء الراشدين ،وأول من لقب بأمير المؤمنين الصحابي الجليل الشجاع الحازم ،صاحب الفتوحات ،يضرب به المثل ،ولد سنة ٤٠ قبل الهجرة ،وكان في الجاهلية من أبطال قريش وأشرافهم ،وله السفارة فيهم ،ينافر عنهم ،وينذر من أراد وا انذاره .
* وهو أحد العمرين اللذين كان النبي -صلى الله عليه وسلم - يدعو ربه أن يعز الاسلام بأحدهما . أسلم قبل الهجرة بخمس سنين ،وشهد الوقائع . وبويع بالخلافة يوم وفاة أبي بكر سنة ١٣ هـ ،بعهد منه .
* قتله أبو لؤلؤة فيروز الفارسي غيلة ،بخنجر في خاصرته ،وهو في صلاة الصبح سنة ٢٣ هـ . انظر : الاستيعاب ٢/٤٥٨ - ٤٧٤ . الاصابة ٢/٥١٨،٥١٩، الاعلام ٥/٢٠٣،٢٠٤ .

(٢) قال أبو عبيدة الحلل برود اليمن ،والحلة ازار ورداء ،وزاد بن الأثير اذا كان جنس واحد ،وحكي عياض أن أصل تسمية الثوبين حله أنهما يكونان جديدين كما حل طيهما ،وقيل لا يكون الثوبان حلة حتى يلبس أحدهما فوق الآخر ،فاذا كان فوقه فقد حل عليه والأول أشهر .
المصدر السابق ١٠/٢٩٧ .

(٣) هو الوشي من الحرير ،قاله مالك ،وقال الأصمعي " ثياب فيها خطوط من حرير أو قز ،وانما قيل لها سيراء لتسيير الخطوط فيها ،وقال الخليل ثوب مضلع بالحرير ،وقيل مختلف الألوان فيه خطوط ممتدة كأنها السيور.. "
المصدر السابق ١٠/٢٩٧ .

فقال : " أكسوتنيها وقلت في حلة عطارد[1] ما قلت " .

ورواية أخرى[2] : " فقال عمر : " كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت ؟ " .

قال : " اني لم أكسكها لتلبسها " فكساها عمر أخا له بمكة مشركا "[3].

---

(١) المقصود به عطارد بن حاجب بن زراره بن عدس بمهملات الدارمي ويكنى أبا عكرشه ،كان من جملة وفد بني تميم أصحاب الحجرات وقد أسلم وحسن اسلامه ، واستعمله النبي -صلى الله عليه وسلم - على صدقات قومه ،وكان أبوه من رؤساء بني تميم في الجاهلية ،وقصته مع كسرى في رهنه قوسه عوضا عن جمع كثير من العرب عند كسرى مشهوره ، حتى ضرب المثل بقوس حاجب ، وعطارد ،هذ اوقد ورد ذكره في روايات متعددة منها ماذكرناه عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما من رواية البخاري ، ومنها ما ورد في رواية جرير بن حازم عن نافع عند مسلم " رأى عمر عطارد التميمي يقيم حلة بالسوق ،وكان رجلا يغشي الملوك ويصيب منهم " . ومنها ما أخرجه الطبراني من طريق أبي مجلز عن حفصة بنت عمر : " أن عطارد بن حاجب جاء بثوب من ديباج كساه اياه كسرى ،فقال عمر : " ألا أشتريه لك يارسول الله "؟ .

* ومنها ما ورد عن طريق عبد الرحمن بن عمرو بن معاذ عن عطارد نفسه أنه أهدى الى النبي -صلى الله عليه وسلم - ثوب ديباج كساه اياه كسرى ،والجمع بينهما أن عطارد لما أقامه في السوق ليباع لم يتفق له بيعه فأهداه للنبي صلى الله عليه وسلم ،ينظر: المصدر السابق ١٠/٢٩٨ .

(٢) رواها البخاري بسنده عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما المصدر السابق ٥/٣٢٢ .

(٣) اسم هذا الأخ : عثمان بن حكيم ،وكان أخا عمر من أمه ، أمهما خيثمة بنت هشام بن المغيرة

==

* ومما رواه البخاري بسنده عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما - قالت[1]: " قدمت على أمي وهي مشركة في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فأستفتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قلت: " ان أمي قدمت علّي وهي راغبة[2]، أفا أصل أمي ؟ قال: " نعم صلي[3] أمك ".

== وهي بنت عم أبي جهل بن هشام بن المغيرة ، وقال الدمياطي انما كان عثمان بن حكيم أخا زيد بن الخطاب أخي عمر لأمه ، أمهما أسماء بنت وهب ، قال ابن حجر : " ان ثبت احتمل أن تكون أسماء بنت وهب أرضعت عمر فيكون عثمان بن حكيم أخاه ايضا من الرضاعة كما هو أخو أخيه زيد من أمه . ينظر : المصدر نفسه .

(١) انظر : صحيح البخاري بشرحه فتح الباري ٥ / ٢٣٣ ، من كتاب اللباس.

(٢) اختلف في تفسيره ، فقيل راغبة في شئ تأخذه من بنتها وهي على شركها وقيل راغبة في الاسلام ، لكن تعقب بأن الرغبة لو كانت في الاسلام لم يحتج الى الاستئذان ، وقيل معناه راغبة عن ديني ، وقيل راغبة في القرب مني ، ومجاورتي ، ووقع في رواية لأبي داود " راغمه " بالميم: أي كارهة للاسلام ، ولم تقدم مهاجره ، كما أنه قد ورد عدة روايات فمنها : هذه الرواية التي وردت عن هشام عن ابيه ، ومنها ما ورد في رواية حاتم " فقالت يارسول الله ان أمي قدمت علي وهي راغبة ، ولمسلم من طريق عبد الله بن ادريس عن هشام " راغبه أو راهبه " بالشك ، وللطبراني من طريق عبد الله بن ادريس المذكور " راغبة وراهبة " ، وهذه الرواية يؤيدها ما ورد في حديث عائشة عند ابن حبان " جاءتني راغبة وراهبة " والمعني أنها قدمت طالبة في بر ابنتها لها خائفة من ردها اياها خائبة ، وقد فسر ذلك بهذا المعني الجمهور . ينظر : فتح الباري ٥ / ٢٣٤ ، ونيل الأوطار ٦/ ٥

(٣) قال الخطابي : " فيه أن الرحم الكافره توصل من المال ونحوه كما توصل

فهذان الحديثان قد دلا على جواز صلة أهل الحرب وبرهم والاحسان اليهم .

ثم ان البر والصلة والاحسان لايستلزم التحابب والتوادد المنهي عنه[1] في قوله تعالى : " لاتجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله[2] " الآية ، فانها عامة في حق من قاتل ومن لم يقاتل .

وبهذا العرض لأقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، يتضح لنا رجحان القول بصحة الوصية للحربي بدار الحرب اذا لم يكن مقاتلا ولم تكن بنحو سلاح ، لقوة ما استدلوا به ، ومناقشة ما استدل به الحنفية .

== المسلمة . ينظر : فتح الباري ٥ / ٢٣٤ ، كما أن قوله : " صلي أمك" يدل على موادعة أهل الحرب ومعاملتهم وقت الهدنة . المصدر السابق .

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦ / ٥٢١ ، والمصدرين السابقين .

(٢) سورة المجادلة : آية " ٢٢ " .

مسلك قانون الوصية المصـــرى :

لم يشترط قانون الوصية المصرى لصحة الوصية اتحاد الديـــن ولذلك فانـه جاء فى المادة التاسعة[(١)] منه ما يفيد الحكم بصحـــة الوصية للحربي مع اختلاف الدارين الا اذا كان الموصي تابعا لبلـد اسلامي ،وكان الموصى له أجنبيـا غير مسلم تابعا لبلد غير اسلامـي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي ففى هذه الحالة لاتصـــح الوصية ،لأن تحقيق المساواة والمعاملة بالمثل اقتضيا عدم صحـــة الوصية مع اختلاف الدار ،وقالت المذكرة التفسيرية بأن هذه الحالـة التى استثناها القانون مأخوذة مما روى عن أبي حنيفة وأبي يوســـف كما قالت بأن دور الاسلام كلها واحدة ،ليس بين تابعيها اختـــلاف دار،كما قالت ان المراد بالبلد الاسلامي ،ما كان تحت حكم المسلمين أو كان تحت حكم غيرهم ،وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبهـــا مقامـة فيه ،ولو أن المذكرة التفسيرية " بنت صحة الوصية مــــع اختلاف الدارين على رأى من لا يراه مانعا من الارث ،أو على رأى بعض الأئمة الذين يجيزون الوصية للحربي ،وبنت عدم صحة الوصية فـــى الحالـة المستثناة على مبدأ تحقيق المساواة والمعاملة بالمثل لكان ذلـك أحسـن[(٢)].

... ...

(١) ونصها : " تصح الوصية مع اختلاف الدين والملـة وتصح مع اختــــلاف الدارين مالم يكن الموصي تابعا لبلد اسلامي ،والموصي له غير مسلم تابع لبلد غير اسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصي" انظر: شـــرح قانون الوصية ص ٢٧٤ .

(٢) انظر : عقـد الوصيـة ٦٨ .

المبحث العاشـــــر

أن يكون الموصى له أهـلا للتملك والاستحقــــــاق

يشترط الحنفية لصحة الوصية كون الموصى له أهلا للتملك ،وعلـى هذا قالوا لو أوصى بهذا التبن لدواب فلان ،فان هذه الوصيـــة غير صحيحة ،لأن هذه الصيغة تفيد أنه جعل الموصى به ملكا للــدواب وهي ليست من أهل الملك ،نظرا الى لفظ الموصي لا الى قصـده[(١)]، بخلاف مالو قال : " أوصيت بهذا التبن ليعلف به دواب فـــلان، فانه يجوز ،وكذا يجوز لو قال أوصيت بهذا التبن ينفق على فـرس فلان ،كل شهر كذا ،وتكون وصية لصاحب الفرس والدواب[(٢)].

والتفريق بين الصورتين غير وجيه ،وذلك لأن القرينة في الصـورة الأولي قاطعة بأنه يريد من الوصية بالتبن للدواب علفها ،فكان ذلك مثل تصريحه فى الصورة الثانية تصحيحا لكلامه ،ورعاية لقصده الذى قام عليه الدليل[(٣)]. مما ينبغي معه تصحيح الوصية في الصورتين كلتيهما .

وقد وافق الحنفية في ذلك ايضا الشافعية فقالوا : " يشترط فــي الموصى له أن يكون ممن يتأتي له الملك بنفسه ان كان مكلفا ،أولوليه ان كان صبيا أو مجنونا ونحوهما ،وبناء على ذلك قالوا ان الوصيـة للميت حال موته غير صحيحه ،وذلك لأنه لا يتأتي له الملك ،ولذلــك

---

(١) انظر : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ٤٣٦ ، ٤٣٧ ،وانظر : رد المحتار ٦/٦٦٣ .

(٢) المصدران السابقان .

(٣) انظر : عقد الوصية ٦٥ ،وانظر : رد المحتار ٦/ ٦٦٣ .

قالوا الوصية للدابة لا تجوز ،لأنها غير أهل للملك الا اذا كان الغرض صاحبها ،أو علفها ،فان كانت لعلفها اعتبرت الوصية لجهة بر ،لأن اطعام الحيوان والرفق به من جهات البر ،غير أنهم اشترطوا لصحة الوصية ،أن يقبلها مالك الدابة ،لأنه المقصود بالوصية في هذه الحاله ،ولكن لا يسلم علفها لمالك الدابة ،بل يصرفه للوصي ان وجد ،فان لم يكن يسلم للقاضي أو نائبه ،واذا باعها بعد موت الموصي ،انتقلت الوصية للمشترى على المعتمد[(1)].

أما الحنابلة ،فقد خالفوا الحنفية والشافعية ،وقالوا[(2)] بصحة الوصية لفرس فلان أو دابته وان لم يقبل فلان الوصية ،ويصرف الموصى به في علفه رعاية لقصد الموصي ويتولي الانفاق عليه الوصي أو القاضي لا صاحب الفرس ،فقد ورد في كشاف القناع[(3)]: " وتصح الوصية لفرس زيد ولو لم يقبل زيد الموصى به ،ويصرف الموصى به للفرس في علفه رعاية لقصد الموصي ... ويتولي الوصي أو الحاكم الانفاق عليه لا المالك ".

وهذا الرأى أولى بالقبول لما فيه من مراعاة الحيوان والرفق به واعتباره كأنه جهة من جهات البر[(4)].

---

(1) انظر: قليوبي وعميره ٣/ ١٥٨، ١٥٩، وشرح روض الطالب ٣/ ٣٤ . وفتح الوهاب ٢/ ١٣، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ٤٤٣، ٤٤٤

(2) انظر : كشاف القناع ٤/ ٣٦٥، ومطالب أولي النهي ٤/ ٤٧٥، والانصاف ٧/ ٢٤٦ ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/ ٤٤٧ .

(3) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/ ٣٦٥ ، ومطالب أولي النهى ٤/ ٤٧٥ - بتصرف - .

(4) انظر : عقد الوصية . ص ٦٦ .

وقد ذهب الى جواز الوصية للدابة ايضا المالكية بناء على قولهم بجواز الوصية للمعدوم ،فقد جاء في جواهر الاكليل[(١)] : " ولا فرق فيمن يصح تملكه بين كونه عاما كالمساكين ،أو خاصا كزيد ،ولا بين من يملك حقيقة أو حكما كمسجد ورباط وقنطرة وخيل جهاد ،ونعم محبس لنسله ،ولا فرق بين كون المحبس عليه بالغا أو صبيا عاقلا أو مجنونا مسلما أو كافرا أو غير موجود كمن سيكون من حمل ثابت أو سيوجه .... " .

أما قانون الوصية المصرى : فقد بنى[(٢)] حكمه على ما استقاه من مذهب المالكية وهو مبدأ جواز الوصية للمعدوم ،فصحح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ،كالوصية للمستشفي الذى سيوجد في الحي الفلاني ،الا أنه تضي ببطلان الوصية عند تعذر وجود تلك الجهة ،وذلك لانعدام ما كان محلا لها ،وللوقوف على رغبة الموصي ،فلا يصرف ماله الى مالم يأذن بصرفه فيه،جاء ذلك واضحا في مادته الثامنة ونصها[(٣)] : " تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ،فان تعذر وجودها بطلت الوصية " .

والواقع : أن القول بعدم صحة مثل تلك الوصية وعدم صرفها لجهة أخرى من جهات البر مماثلة لها عند تعذر الجهة التى عينها الموصي غير سديد طالما أن الوصية قد روعي فيها جانب التوسعة ،وأجيز فيها مالم يجز في غيرها . عند عامة الفقهاء[(٤)] .

---

(١) جواهر الاكليل ٢/٣١٧ . (٢) عقد الوصية ٦٦ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٧٤ .

(٤) انظر المصدر السابق ص ٨٤ ،وعقد الوصية ص ٦٦ .

الفصل الرابـــــع

شروط الموصي بـــــه

وفيه مباحـث :

المبحث الأول : ألا يكون الموصى به زائدا عن ثلث مال الموصي في الوصية للأجنبي .

المبحث الثاني : الوصية بالديـن

المبحث الثالث : الوصية بالحمل والصوف واللبن

المبحث الرابع : الوصية بالغلة ، والثمرة

المبحث الخامس : الوصية بالمجهول والمعدوم

المبحث السادس : الوصية بمثل نصيب احد ورثته

المبحث السابع : الوصية بنصيب وارث

المبحث الثامن : الوصية بالمعدوم

المبحث التاسع : الوصية بأكثر من الثلث .. وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : مقدار الوصية شرعا .

المطلب الثاني : اجازة الورثة ، ومتى تعتبر ؟

المطلب الثالث : جهة التمليك عند الاجازة .

المطلب الرابع : وقت تقدير الثلث .

الفصل الرابـــــع

شـروط الموصى بــــه

وفيه مباحث : المبحث الأول

أن لا يكون الموصي به زائدا عن ثلث مال الموصي في الوصية للأجنبي

اذا أوصى لأجنبي ولم يتجاوز في وصيته الثلث نفذت وان لم تجـز الورثة ،الا اذا كان هناك مانع من نفاذها من قتل أو استغراق دين[1] وقد بينا حكم ذلك في مواضعه من هذه الرسالة .

أما ان تجاوز في الوصية لأجنبي بأكثر من الثلث وكان[2] ثمـة وارث فان الوصية لا تنفذ فيما زاد عن الثلث الا باجازة الورثة ،فـان ردوها بطلت في الزائد ،وان أجازوها نفذت ،وذلك لأن المنع كـان لحقهم فأسقطوه فيزول المانع وان أجاز بعضهم دون بعض ،نفـذت في حصة المجيز فقط ،وبطلت في حصة غيره ،وبذلك تكون الوصية في

---

(١) انظر : رد المحتار ٦/ ٦٥٠ .

(٢) فأما من لا وارث له ،ففيه رأيان ،أحدهما : أن وصيته تجوز بكل مالـه وقد قال بذلك أحمد في احدى الروايتين عنه ،وابن مسعود وعبيـدة السلماني ومسروق واسحاق واهل العراق ،والثاني وهي الرواية الأخرى عن احمد ،أن الوصية بما زاد عن الثلث باطله ،وبه قال مالك والأوزاعي وابن شبرمه والشافعي ،وذلك لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته فـي اكثر من الثلث كما لو ترك وارثا ،ولأن المسلمين يرثونه وهو بيت المال .

واجيب عن ذلك بأن النهي عن الزيادة عن الثلث كان لتعلق حـق الورثة بدليل قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لسعد : " انك ان تـدع

حق الذى أجاز ،كأن كل الورثة أجازوها ،وفي حق الذى لم يجز كأنهم جميعا لم يجيزوها[١] .

فاذا مات رجل وترك ابنين ،وأوصي لرجل أجنبي بنصف ماله ، فان أجازت الورثة ذلك ،فالمال بينهم أرباعا ،للموصى له ربعان وهو نصف المال ،وربعان للابنين ،لكل واحد منهما ربع المال ،فان لم تجز الورثة ،فللموصي له ثلث المال ،والثلثان الباقيان للابنين لكل واحد منهما ثلث المال ،ولو أجاز واحد ولم يجز الآخر ،جاز فى حق الذى أجاز كأنهما أجازا ويعطى له ربع المال وفي حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا يعطي له ثلث المال ،والباقي بعد ذلك يكون للموصى له ،فيجعل المال على اثني عشر ،للحاجة الى الثلث والربع ،يأخذ المجيز الربع ثلاثة أسهم ،ويأخذ الذى لم يجز الثلث أربعة أسهم ،والباقي خمسة يأخذه الموصى له[٢] .

والقول بأن الوصية تلزم فى الثلث من غير اجازة الورثة ،وما زاد عن الثلث ،يقف على اجازتهم ،فان أجازوه جاز ،وان ردوه بطل ، قال عنه ابن قدامة في المغني[٣] بأنه قول جميع الفقهاء .

= ورثتك اغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ،وههنا لا وارث له يتعلق حقه بماله فانتفى المنع لانتفاء علته ،والقول بأن بيت المال يرثه غير مسلم اذ أن بيت المال مرجع الأموال التى لا مالك لها ،وهنا له مالك وهو صاحبه . انظر: الكافي ٢ / ٤٧٦ ،والمغنى مع الشرح ٦/ ٤٢٩ وعقد الوصية ٤٨ .

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢ ، ١٨٣ وانظر: المغني مع الشرح الكبير ٦/ ٤٢٧ .

(٢) انظر : حاشية الشلبي على الزيلعي ٦/ ١٨٣ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٢٧ .

* فقد ورد[1] عنه : " وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث من غير اجازة ، ومازاد على الثلث يقف على اجازتهم ، فان أجازوه جاز ، وان ردوه بطل في قول جميع العلماء " : " وورد في الكافي[2] توضيحا لمذهب الحنابلة : " ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث لأجنبى فان فعل ، وقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة ، فان أجازوه جاز ، وان ردوه بطل بغير خلاف .

* وورد[3] في كشاف القناع مثل ذلك " ويقول الشلبى[4] فى حاشيته مبينا مذهب الحنفية : " ... لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا أن تجيز ورثة الميت بعد موته ... " .

* وورد فى جواهر الاكليل[5] عند المالكية : " الوصية بما زاد عن الثلث باطله .. " .

* كما ورد في حاشيتي قليوبي وعميره[6] فى مذهب الشافعية :
" والأحسن أن ينقص من الثلث شيئا ، فان زاد الموصي على الثلث شيئا ورد الوارث بطلت في الزائد ، لأنه حقه ، وان أجازها ، فاجازته

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٢٧ .

(٢) انظر : الكافي ٢/ ٤٧٥ - بتصرف -

(٣) انظر : كشاف القناع ٤/ ٣٤٠ ، وانظر: مطالب أولي النهى ٤/ ٤٤٩ .

(٤) انظر : حاشية الشلبي على الزيلعي ٦/ ١٨٢ .

(٥) وتمامه : " وان أجيز ما أوصي به زائدا عن الثلث لغيره ، فيعتبر عطية من المجيز الرشيد .. " بتصرف ٢/ ٣١٨ .

(٦) انظر : قليوبي وعميرة ٣/ ١٦١ .

تنفيذ للوصية بالزائد[1] ،وفي قول عطية مبتدأه منه ،والوصية بالزيادة لغو ... " .

وقد استدل الفقهاء لعدم جواز الوصية فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة بقول[2] النبي - عليه الصلاة والسلام - لسعد حين قال أوصي بمالي كله ؟ قال : " لا " قال : " فبالثلثين " قال . لا قال : " فبالنصف " قال : " لا " قال : " فبالثلث " قال : " الثلث، والثلث كثير " . وقوله[3] : صلى الله عليه وسلم : " ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم " فاقتصاره على الثلث

---

(١) هذا الخلاف مبني على أن الوصية به أو العطية له في مرض الموت المخوف هل هي صحيحة موقوفه على الاجازة أو باطلة ،فقيل انها صحيحة ،وأن الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز أجزت ذلك أو انفذته أو نحوه من الكلام ،ولا يفتقر فيها الى شروط الهبة وقيل هي باطلة ،وتعتبر الاجازة عطية مبتدأه ،وينتج على هذا الخلاف أنه لو أعتق عبدا لا مال له سواه في مرضه ،أو أوصى باعتاقه فاعتقوه بوصيته فعلى القول بصحة الوصية مع وقفها على اجازة الورثة ،فان العتق ينفذ في ثلثه ،ويوقف عتق باقيه على اجازة الورثة ،فان أجازوه عتق جميعه ،واختص عصبات الميت بولائه كله ،وعلى القول بأنها باطلة، والاجازة عطية مبتدأه ،فان عصبات الميت تختص بثلث ولائه ،ويكون ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم ،لأنهم باشروه بالاعتاق انظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤٢٧ ،قليوبي وعميرة ٦/ ١٦١ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

يدل على أنه لا شيء له في الزائد عليه ،فان فعل وقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة[١] ،وبحديث عمران بن حصين[٢]: "أن رجلا[٣] أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ،فدعا بهم النبي - صلى الله عليه وسلم - ،فجزأهم[٤] أثلاثا ،ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال[٥] له قولا شديدا" . فقد دل على

---

(١) انظر : المغني والشرح الكبير٦/ ٤٢٧ ،وانظر : الكافي ٤/ ٤٧٥ .

(٢) هو أبو نجيد عمران بن حصين الأسلمي الخزاعي ،وجهه عمر رضي الله عنه الى البصرة ،ليعلم الناس ،قال يحيى بن سعيد القطان : "ماقدم علينا بالبصرة من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقول بالحق من أبي بكره ،ولا أفضل فضلا من عمران بن حصين ،تسلم عليه الملائكة من جوانب بيته . انظر : طبقات الفقهاء" ص ٥١ .

(٣) رواه الجماعة الا البخارى ،بهذا اللفظ،ورواه احمد بلفظ : "أن رجلا أعتق عند موته ستة "رجْله له ، = بسكون الجيم جمع رجل = فجاء" ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع ،قال : أو فعل ذلك؟ لو علمنا - ان شاء الله - ما صلينا عليه ،فأقرع بينهم ،فأعتق منهم اثنين ،وأرق أربعة" . انظر: منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/ ٤٨ .

(٤) فجزأهم " بتشديد الزاى وتخفيفها لغتان مشهورتان ،أى قسمهم وظاهره أنه اعتبر عدد اشخاصهم دون قيمتهم ،وانما فعل ذلك لتساويهم في القيمة والعدد ،لأنه لو اختلفت قيمتهم لم يكن بد من تعديلهم بالقيمة مخافة أن يكون ثلثهم في العدد أكثر من ثلث الميت في القيمة، المصدر السابق .

(٥) فسّر هذا القول الشديد بما جاء في رواية احمد وأبي داود عن أبى زيد الانصارى . وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - : "لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين ،وبقوله صلى الله عليه وسلم في رواية احمد : " لو علمنا ان شاء الله ما صلينا عليه" . المصدر السابق .

أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث اذا لم يجز الورثة ، ويجوز باجازتهم ، لأن الحق لهم ، والقول في الوصية بالزائد على الثلث كالقول في الوصية للوارث (١) ، وقد بينا الكلام فيه ، فهناك (٢) من يقول الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز مطلقا ، سواء كان له وارث أو لا وارث له ، أجاز الورثة أو لم يجيزوا (٣) .

كما استدل الحنفية ايضا لعدم جواز الوصية فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة مع ما تقدم من الأدلة ، بأن الشارع حينما لم يجز للمورث أن يوصي بأكثر من الثلث انما قصد بذلك مراعاة ورثته من بعده ، وذلك لتعلق حقهم بماله ، لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال (٤) ، الا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ، ليتدارك تقصيره ، وأظهره في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار (٥) لا سيما

---

(١) انظر المغني مع الشرح ٦/ ٤٢٧ .

(٢) انظر : المحلي ٩/ ٣٨٧ .

(٣) استنادا على حديث سعد ، فقد نهاه - صلى الله عليه وسلم - والنهي يقتضي التحريم ، اذا كان مطلقا فتكون وصيته باطله .

(٤) وهذا التعليل يتفق مع وصيته اذا وقعت حال مرضه ، لا فيما اذا وقعت حال صحته ، اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم لعدم استغنائه عن ماله فى حال صحته فلا توجب وصيته فى تلك الحال تعلقهم به . أما التعليل الذى يتفق مع حال صحته فهو كما قال الكاساني : " ولأن الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت ، وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث ، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير اجازتهم ، وسواء كانت وصيته في المرض أو فى الصحة ، لأن الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام " .

انظر: تكملة فتح القدير ١٠/ ٤٢٦ ، ٤٢٧ . (٥) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢

وأنه قد جاء في الحديث[1] : " الحيف في الوصية من أكبر الكبائر" وفسروه بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للوارث .

مسلك قانون الوصية المصرى :

وافق قانون الوصية المصرى ما ذهب اليه الفقهاء من القول بجعل الزائد على الثلث موقوفا على اجازة الورثة ، كما أنه وافق ماذهب اليه الحنفية والحنابلة من القول بجواز وصية من لا وارث له ولا دين عليه = بجميع ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الورثة = .

جاء ذلك واضحا في المادة[2] (٣٧) في فقرته الثانية والأخيرة : " وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الورثة " .

... ...

---

(١) انظر : نصب الراية للزيلعي ٤/ ٤٠١ .
وانظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٠ .

المبحث الثانــــي

الوصية بالـديــــن

اذا أوصى بدين ،فاما أن يكون لمن عليه دين ،واما أن يكـــون لغير من عليه دين .

فان كانت وصيته بالدين لمن عليه الدين ،فهي جائزة ،ذلـــــك أنها تمليك للدين من الموصي عند الوفاة للموصي له ،وذلك في معـنى الوصية ببراءة الموصى له من الدين ،وهي جائزة[(1)] .

فقد ورد في حاشية ابن عابدين[(2)] : " اذا علق الابراء بشرط كائن - أي موجود حالة الابراء - كقوله لمديونـه : " ان كان لي عليـــك دين فقد أبرأتك منه ،فانـه يصح ،وكذا قوله : " ان مت بضـــم التاء فأنت برئ منه أو في حل جاز وكان وصيه = وان كان تعليقـا = لأنها تحتمل التعليق .

وهذا باتفاق عند فقهاء المذاهب الأربعة ،كما حكاه ابن هبيرة في الافصاح[(3)] ،ومن ثم فقد دل على مادل عليه النص الأول .

---

(1) انظر : الوصية ص ٧٥ .

(2) انظر : رد المحتار ٦/٦٦٦و ٥/٥٢٠ ،طبعة دار احياء الـــتراث العربي - بتصرف - .

(3) انظر : الافصاح لابن هبيرة ٢/٦١ .

وان كانت الوصية لغير من عليه الدين ،فتجوز استثناء[1] ، لأن الأصل[2] " أن تملك الدين لا يجوز ،واستثنى من هذا الأصل حوالة الدين والوصية به لغير من عليه الدين فانها جائزة " .

* وقد ذكر صاحب البحر الزخار أن ذلك محل اتفاق بين الفقهاء، ولذلك قال[3] : " الوصية بما في ذمة الغير تصح اتفاقا ،اذ مافي ذمة الغير كالموجود ،لوجود سببه " ،وهذا الاطلاق يفيد صحة الوصية بالدين لمن عليه الدين ،وغير من عليه الدين[4] ،وهو ما أخذ به قانون الوصية المصرى ،فقد صحح الوصية بالدين لمن عليه الدين ،ولغير من هو عليه[5] .

... ...

---

(١) انظر : الوصية ص ٧٥ .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ٥٢٠ .

(٣) انظر : الوصية للبرديسي ٩٦ فقد اقتبسه .

(٤) انظر : المصدر السابق .

(٥) انظر : المصدر نفسه .

المبحث الثالث

الوصية بالحمل والصوف واللبن

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوصية بالحمل بشرط وجوده في بطن أمه .

وقد استدلوا على ذلك ، بأنه يجرى فيه الارث فتجرى فيه الوصية ايضا لأنها أخته[1] ، ولأن الخطر والغرر لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل ، ولأن الوصية بالمعدوم[2] صحيحة فهذا أولى[3] .

وانما حصل الخلاف بينهم في الوقت المعتبر لصحة الايجاب في الوصية به .

* فالذى ذهب اليه الحنابلة والشافعية ، هو صحة الوصية بالحمل اذا انفصل حيا . وعلمنا وجوده حال الوصية ، أو حكمنا بوجوده[4] ، أما اذا انفصل ميتا فتبطل الوصية[5] ولا فرق بين أن يكون حمل

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٨٦ .

(٢) لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، فجاز أن يملك بالوصية انظر : العدة لبهاء الدين عبد الرحمن المقدسي ٢/٢٩٣ .
وانظر: الكافي ٢/٤٨١ .

(٣) انظر: المصادر السابقة ، وانظر: مطالب أولي النهي ٤/٤٩٠ ، وانظر : المغني مع الشرح ٦/٤٧٤ ، والمقنع وحاشيته ٢/٣٧٥ ، وانظر: نهاية المحتاج ٦/٥٠ .

(٤) المصادر السابقة .

(٥) اذا كان حمل بهيمة سواء كان بجناية أم لا ، وكذا حمل الأمة اذا انفصل بلا جناية ، أما اذا انفصل بجناية فتنفذ في بدله ، انظر: السراج الوهاج ٣٧٧ .

أمة ،أو حمل بهيمة مملوكه ،فان كان حمل أمة فيعتبر وجـــود ه بما يعتبر بـه ،وجود الحمل الموصى له ،وان كان حمل بهيمة فيعتبر وجود ه بما يثبت به وجود ه في سائر الأحكام[1].

ولا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنابلة ،والشافعية فـــي القول بصحة الوصية بالحمل اذا كان موجودا في بطن أمه وقت الوصية فقد ورد في جواهر الاكليل[2]: " وان أوصى بأولاد أمته ،وهى حامل يوم ايصائه دخل الحمل في ايصائه بالولد ،فان لم تكن حامـــلا يوم أوصى ،فلا يدخل ما حدث بعد ذلك " .

* وفي مواهب الجليل[3]: " تصح الوصية بالحمل ... فاذا قـال : " أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبدا[4] ان كانت يوم أوصـــي حاملا فهو له " .

* أما الحنفية[5] وهم قد اتفقوا مع غيرهم من الفقهاء في القول = بصحة الوصية بالحمل بشرط وجوده في بطن أمه = الا أنهم قد خالفوهـــم

---

(١) أنظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٤ .

(٢) انظر : جواهر الاكليل ٢/ ٣٢٠ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٦/ ٣٧٤ - بتصرف - .

(٤) التقييد بعبارة (أبدا) فيه أشارة الى أنه لا بد أن يأتي مع اللفـــظ الماضي بقرينه تدل على قصد الاستقبال مثل أن يقول بما ولدت جاريتي أبدا " والا لم يدخل في لفظ الماضي الا ما ولدته قبل الوصية أ. هـ . انظر : حاشية الدسوقي ٤/ ٣٨٦ .

(٥) فقد ورد في تبيين الحقائق : " وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لأقل مدته من وقت الوصية " أنظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦ .

في الوقت المعتبر لصحة الايجاب بل انهم قد اختلفوا في ذلك على رأيين :

فمنهم من يرى أن وقت الايجاب المعتبر لصحة الوصية بالحمل(١) من وقت الوصية ، وذلك بأن تجيء به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ذكر ذلك الطحاوي ، وصححه الأسبيجابي في شرح الكافي ، واختاره المرغيناني شارح الهداية(٢).

في حين يرى فريق أخر بأن وقت الايجاب المعتبر لصحة الوصية بالحمل من وقت موت الموصي ، وذلك بأن تجيء به لأقل من ستة أشهر من موته ، وقد ذكره الفقيه ابو الليث(٣).

ولكن الوقت الذى أرى أنه هو المعتبر لصحة الايجاب هو وقت الوصية ووقت موت الموصي معا ، وهو الذى اعتمده الكمال بن الهمام(٤)

---

(١) لا فرق في صحة الوصية للحمل وبه بين الآدمي وغيره من الحيوانات ، فلو أوصى لما في بطن دابة فلان لينفق عليه صح . انظر: رد المحتار٦/ ٦٥٤

(٢) انظر : تكملة فتح القدير١٠/ ٤٣٢ - ٤٣٣ ، وانظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦ ، ففيه " وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لأقل مدته من وقت الوصية " ففيه نص على هذا الرأي .

(٣) انظر : بدائع الصنائع١٠/ ٤٨٩١ ، ففيه : " وتصح الوصية بما في بطن جاريته أو دابته .... ، ثم قال : " وكذلك الوصية بما في البطن والضرع، حتى لو مات الموصي بطلت الوصية اذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته ففيه نص على ان الايجاب يعتبر بموت الموصي .

(٤) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الشهير بابن الهمام السيواسي ، ثم الاسكندري ، أصله من سيواس، ولد بالاسكندرية سنة ٧٩٠ هـ ، ويعتبر من أكابر علماء الحنفية ، عالما بالتفسير والفرائض ==

الحنفي وأيـــــده .

ولذلك نجد أنه يقول(١) = بعد أن بين بأن المعتبر لصحة الايجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت المـــوت فقط = تأييدا للقول بأن المعتبر لصحة الايجاب وقت الوصية ووقــت موت الموصي يقول : " فلا معنى لقول بعض المتأخرين لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما : أى وجود الموصي له ، وبـــه وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا ، ثم انتقد ما علل به بعـــض المتأخرين - اتفاق المشايخ فقال : " وقوله في تعليل ذلك ، لأنهـــا تمليك بعد الموت ، فلابد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجـــاب ليس بتام ، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية ، فيجوز أن يعتـــبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب ، كما يجوز أن يعتبر وقت تحقـــق الحكم وهو الملك ... " .

هذا وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ايضا على أن الوصيـــة باللبن في الضرع والصوف صحيحة لأنهما مما يورث(٢) ، فتصح الوصية بهما ، بناء على أن الوصية يجرى فيها الارث(٣)

== والأصول والفقه ، وكان قد أقام بحلب ، ثم جاور الحرمين ، له تصانيـــف كثيرة منها : فتح القدير شرح الهداية ، والتحرير في أصول الفقه ، توفي بالقاهره سنة ٨٦١هـ . انظر: الفوائد البهية ص ١٨٠ / ١٨١ ، الاعلام ٧ / ١٣٤ / ١٣٥ .

(١) انظر : تكملة فتح القدير ١٠ / ٤٣٢ - ٤٣٣ .

(٢) ولأنهما مما يثبت فيه الاختصاص والهبة ، فالتصرف في مثل ذلك بمعـــنى نقل اليد ، قليوبي وعميره ٣ / ١٦٠ .

(٣) انظر : نيل المآرب ٢ / ١٨ ، وبدائع الصنائـــع ١٠ / ٤٨٩١ ، ==

هذا وان قانون الوصية المصرى لم يتعرض للوصية بالحمل والصوف ، واللبن ، فكان مذهب الحنفية هو المذهب الذى يجب تطبيقه[1] .

... ...

== ونهاية المحتاج ٦/ ٥٠ ، وجواهر الاكليل ٢/ ٣١٧ ، وانظر : قليوبي وعميره ٣/ ١٦٠ .

(١) انظر : الوصية ٧٦ .

المبحث الرابـــع

الوصية بالغلة والثمـــرة

أجاز فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية ، والمالكية ، والشافعيـــة والحنابلة ، الوصية بما تحمل به الأشجار من الثمار ، وما ينتجه البستان من الغلة ، وذلك لثبوت الاختصاص في مثل هذه الأشياء ، كالوصيـــة باللبن في الضرع ، والصوف على الظهر ، ولأنها مما يورث ويوهب[1]، ولأنهـا تستحق بغير الوصية من العقود الأخرى كالمزارعة والمعاملـــة فاستحقاقها بعقد الوصية أولى ، لأنها أوسع بابا من غيرها[2] .

وانما حصل الخلاف في هل هناك فرق في الوصية بالغلة والثمـــرة ، أو أنهما في الوصية شيئ واحد ؟

فالذي ذهب اليه علماء[3] الحنفية هو التفرقة في الوصية بين الغلـة والثمرة ، فقالوا اذا أوصى بثمرة بستانه ، فان أطلق في وصيته ، ولـــم ينص على التأبيد ، لم يستحق الموصى له من الثمر الا ما كان موجـودا وقت وفاة الموصي ، دون غيره مما يحدث بعد وفاته ، فإن نص علـــى التأبيد ، بأن قال : ثمرة بستاني أبدا " فان الموصى له يستحق الثمرة الموجودة وقت وفاة الموصي وما يحدث بعد وفاته ، مادام حيا ، ومثـل

---

(١) انظر : قليوبي وعميرة ٣ / ١٦١ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦ / ٢٠٤ .

(٣) انظر : المصدر السابق ، وانظر : تكملة فتح القدير ١٠ / ٤٩١ .

ذلك ما لو أوصى له بثمرة بستانه ،ولم يكن فيه ثمرة حين وفاته، فانه يتناول الثمرة المعدومه مدة حياة الموصي له[1] ، لأن في ذلك قرينة على أنه يريد ما سيحدث بعد وفاته ،وقد كان القياس بطلان مثل هذه الوصية لانعدام الموصى به وقت وفاته ،ولكن استحسن[2] ألا تبطل ،ويراد ما سيحدث ،قياسا على مالو ذكر الأبد في وصيته .

أما اذا أوصى بغلة بستانه ،فان الموصى له يستحق ما كان موجودا منها وقت وفاة الموصي ،وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم ذكر الأبد[3] .

---

(١) ففي رد المحتار على الدر المختار ورد " وان أوصى له بثمرة بستانه بلا زيادة لفظ أبدا ،فمات ولم يكن فيه حين الوفاة ثمرة ،كان ذلك كالوصية بالغلة ،في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ،وانما كان كذلك ،لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ،ولا يتناول المعدوم الا مجازا ،فاذا كان فيه ثمرة عند الموت صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز ،واذا لم يكن فيه ثمرة تناول المجاز ،ولا يجوز الجمع بينهما الا أنه اذا ذكر لفظ الأبد تناولهما بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة ،والمجاز - بتصرف - .
انظر : ٦/ ٦٩٥ ،وتبيين الحقائق ٦/ ٢٠٤ .

(٢) وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة ،وليست بموجودة ،فتبطل ، ووجه الاستحسان ،حمل كلام الموصي على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلامه عن الالغاء . انظر : تكملة فتح القدير ١٠/ ٤٩١ .

(٣) المصادر السابقة .

* وفيما ذكرنا يقول الزيلعي[1] : " فحاصله أنه اذا أوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا، فحينئذ يصير كالغلة ،فيستحقه دائما ،وهو المراد بقوله : " وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه " أى اذا زاد في الثمرة لفظه أبدا ،صار كما اذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شئ حتى يستحق الموجود ،وما سيوجد فيهما ،فيحتاج الى الفرق بينهما .... " .

* أما المالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4] فقد ذهبوا الى أنه ليس هناك فرق في الوصية بين الثمرة والغله لا من حيث المعني ولا من حيث الدلالة،فاذا أوصى بثمرة بستانه أو غلته ،فان الموصى له يستحق ما كان موجودا بعد وفاة الموصي ،وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم نص على التأبيد ،مالم توجد قرينة تدل على ارادة غير ذلك ،كأن يوصى له بثمرة بستانه مدة سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة ،فلا شئ له ،أو يقول له : " لك ثمرتها أول عام تثمر ،فانه يستحق ثمرتها من أول عام تثمر فيه ".

* وفى ذلك يقول ابن قدامة : " وان وصى[5] بثمرة شجرة أو بستان

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/٢٠٣ .

(٢) فقد ورد في الخرشي على مختصر خليل : " والغلة شاملة لنسل الحيوان وغلة الثمار وغلة العقار ... " ٨/١٦٩ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٦/٥٠ ،وقليوبي وعميره ٣/١٦٠ ،واسنى المطالب ٣/٣٥ .

(٤) انظر : المغني مع الشرح الكبير ٦/٤٧٧ .

(٥) انظر : المصدر السابق .

أو غلة دار ... صح سواء وصى بذلك في مدة معلومة ،أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله ..

* هذا قول الجمهور ومنهم : مالك ،والثورى(١) ،والشافعي واسحاق(٢)

---

(١) هو ابو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثورى . ولد فى خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ٩٦ هـ ،وقيل سبع . ومات سنة احدى وستين ومائة في خلافة المهدى .
قال عنه سفيان بن عيينه : " ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام من سفيان الثورى .... " .
* انظر : طبقات الفقهاء ص ٨٤ .

(٢) اسحاق هو أبو يعقوب اسحاق بن أبي الحسن ابراهيم بن مخلد الحنظلي التميمي المروزى ،المعروف بابن راهوية .
* ولد سنة ١٦١ هـ وقيل غير ذلك . عالم خراسان في عصره ،وهو أحد كبار الحفاظ . طاف البلاد لجمع الحديث ،وأخذ عنه العلم كثير من الأئمة والفقهاء ،منهم : الامام احمد بن حنبل ،والبخارى ومسلم وغيرهم .
* قال فيه الامام احمد بن حنبل : اسحاق عندنا امام من أئمة المسلمين ،وما عبر الجسر أفقه من اسحاق .
* وقال فيه الخطيب البغدادى : " اجتمع له الحديث والفقه والحفظ والصدق ،والورع ،والزهد .
* له تصانيف كثيره ،استوطن نيسابور ،وتوفي بها سنة ٢٣٨ هـ .
انظر: وفيات الاعيان ١/١٧٩ - ١٨٠ ،والأعلام ١/ ٢٨٤ ،وطبقات الفقهاء ٩٤ .

وأبو ثور[1]، وأصحاب[2] الرأى .

* وورد في نيل المآرب[3]: " وتصح الوصية بالشئ المعدوم كوصيته بما تحمل أمته أبدا أو مدة معلومة ،أو بما تحمل شجرته أبدا أو مدة معلومة كسنة وسنتين ونحو ذلك .. " .

* وورد فى مذهب الشافعية ما يدل على أن الوصية بالثمرة صحيحة وأن الموصى له يستحقها على الدوام مالم يعين الموصي مدة[4] " على نحو ما ذكرناه فى مذهب الحنابلة ، كما ورد فى اسني المطالب: " وتجوز الوصية بثمرة .. ستحدث كالحمل .

على أنه بعرض رأى الحنفية وغيرهم من الفقهاء يتضح لنا أن ما قال به الحنفية من التفريق فى الوصية بين الغلة والثمرة ،هو الأقرب للصواب والأرجح للعمل بـه .

---

(١) ابو ثور هو أهيم بن خالد بن أبي اليمان ،الكلبى ،الفقيه ،الشافعي البغدادى ،جمع في كتبه بين الفقه والحديث ،قال فيه احمد بن حنبل : " هو عندى فى مسلاخ سفيان الثورى ،أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة " والمسلاخ الاهاب ،بمعنى أنه نظيره وعلى طريقته .
توفي فى بغداد سنة ٢٤٦ ،انظر : وفيات الأعيان ١ / ٥٧ ،وتذكرة الحفاظ ١/٥١٢ ،٥١٣ ،الأعلام ١ /٣٠ .

(٢) المراد بهم الحنفية ،وذكرهم هنا ،لأنه كان يتكلم ايضا على الوصية بالمنفعة ،ومعلوم -كما سيأتي لنا بيانه ان شاء الله- أن الحنفية ممن قال بجوازها ،وأنه لم يخالف فى ذلك الا أبن أبي ليلي ،والا فان رأيهم في هذه المسألة أعني مسألة الوصية بالغلة والثمرة ،وقد عرفنا أنه يختلف عما ذهب اليه غيرهم من الفقهاء .
انظر: الوغني مع الشرح الكبير ٦/٤٧٧ ،٤٧٩ .

(٣) انظر : نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٢ / ١٨ .

(٤) انظر : قليوبي وعميرة ٣ /١٦١ .

وذلك[1] أن الثمرة اسم للموجود عرفا ، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم ، والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا .

أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا فيقال : فلان يأكل من غلة بستانه ، ومن غلة أرضه وداره ، فاذا أطلقت تناولت الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى .

وأما الثمرة اذا أطلقت فيراد بها الموجود ، ولا تتناول المعدوم ، الا بدليل زائد عليه .

مسلك قانون الوصية المصرى :

أخذ قانون الوصية المصرى بمذهب الحنابلة ومن وافقهم بعدم التفرقة في الوصية بين الغلة والثمرة ، فقد جاء ذلك واضحا في مادته[2] (٥٥) : " اذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلا مالم تدل قرينة على خلاف ذلك " .

....

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ٢٠٤ ، وانظر: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ١٠/ ٤٩١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٨٤ .

المبحث الخامس

الوصية بالمجهول(١)

الوصية بالمجهول : -

تبين لنا فيما سبق أن الحكمة فى مشروعية الوصية هى التوسعة على الموصى ، وذلك حتى يتدارك ما عساه يكون قد فاته من واجبات أو ليكافئ من يكون أسدى اليه معروفا ، أو ليقدم الى من كان فى حاجة الى العون والمساعدة من أقاربه غير الوارثين ، ما يسد حاجته وبما أن الوصية في أغلب الأحوال تكون في وقت لا يتسع للتوضيح وبيان الغرض كاملا ، لما كان الأمر كذلك ، فان الفقهاء توسعوا فى أحكامها فأعطوا هذا التصرف مالم يعط غيره من العقود الأخرى - من وسائل التيسير ، فأجازوا فيه مالم يجيزوا في غيره ، تسهيلا علي الموصي في وقت هو بحاجة فيه الى ذلك .

ومن أجل ذلك ، فانهم أجازوا الوصية بالمجهول(٢) ، وذلك ما لم يسوغوه في عقد من العقود الأخرى ، وذلك أن محل العقد لا بد أن يكون معلوما ، والا أدت الجهالة فيه الى المنازعة .

ولأن احتمال وقوع النزاع وقت تنفيذ الوصية ، انما هو وقت

---

(١) الجهل ضد العلم ، وجهلت الشئ جهلا ، وجهالة خلاف علمته وجهل من باب فهم ، وسلم ، والتجهيل النسبة الى الجهل ، والمجهلة بوزن مرحله ، الأمر الذى يحمل على الجهل . . . ".
انظر: مختار الصحاح ص ١١٥ ، وانظر: المصباح المنير ١/ ١١٣ .

(٢) وهذا بلا نزاع كما صرح به صاحب حاشية المقنع . انظر : ٢/ ٣٧٧ .

الموت وهذا وقت بعيد ، فقد أعفوا الوصية من هذا الشرط، وفوق ذلك فان الجهالة المغتفرة في عقد الوصية لم يتركها الشارع، بدون بيان ،بل جعل بيان ذلك الى الورثة ،لأنهم خلفاء مورثهم يقومون مقامه فيما فاته من بيان ،أو تصر عنه من ايضاح ،فهم أعرف بمقاصده ،وغاياته ،ولذلك فان البيان موكول اليهم[1]، فاذا قال الموصي ،أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بشيء منه ،كان للورثة أن يعطوه أى قدر شاءوا ،ولما يحتمله اللفظ .

* وفي ذلك يقول[2] الزيلعي : " اذا أوصى بسهم[3] ،أو بجزء من ماله ،كان بيان ذلك الى الورثة ،فيقال لهم أعطوه ما شئتم،لأنه

---

(1) فان لم يكن له وارث ،فان البيان لولي الأمر ،باعتبار أن التركة ستؤول الى بيت المال ،ولأنه ولي من لا ولي له ،فيتولاها بماله من هذه الولاية العامة التى تجعله ذا صلة بكل انسان .

انظر: شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ١٢٢ - بتصرف - .

(٢) انظر : المصدر السابق . وانظر: تبيين الحقائق ١٨٩/٦ .

(٣) وفي ذلك يقول الزيلعي : " سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ ،والمروى عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس . نقل ذلك عن ابن مسعود - رضي الله عنه - وعن اياس بن معاوية ،وقال فى الجامع الصغير ،له أخس سهام الورثة ،الا أن يكون أقل من السدس ،فحينئذ يعطي له السدس ،وقال فى الأصل ، له أخس سهام الورثة الا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه ،فعلي رواية الجامع الصغير جوز أبو حنيفة الزيادة على السدس ،ولم يجوز النقصان عنه ،وعلي رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ،ولم يجز الزيادة عليه - بتصرف - .

* ينظر : تبيين الحقائق ١٨٨/٦ .

مجهول ، يتناول القليل والكثير ، والوصية لا تمنع بالجهالة ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فكان اليهم بيانه " .

* وورد في أسني المطالب[١] : " وتصح بالمجهول ، كعبد وثوب "
* وفي نهاية المحتاج[٢] : " وتصح .. بكل مجهول " .
* وورد في المقنع[٣] : " وتصح الوصية بالمجهول ، كعبد وشاة ويعطي ما يقع[٤] عليه الاسم " .
* وورد في مغني المحتاج[٥] : " وتصح الوصية بالمجهول ، كالحمل الموجود في البطن منفردا عن أمه أو معها ، وعبد من عبيده وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر ، والعبد الآبق " .

وقد استدلوا مع ما سبق ذكره من العلة لاغتفار الجهالة في الوصية ، بأن الله تعالى قد أعطي عبده ثلث ماله في آخر عمره ، وقد

---

(١) أنظر : أسني المطالب ٣/٣٥ .
(٢) انظر : نهاية المحتاج ٦/٥٠ .
(٣) انظر : المقنع مع حاشيته ٢/٣٧٧ . وانظر: الكافي : ٢/٤٨١ .
(٤) فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف ، كالشاه في العرف للأنثى والبعير ، والثور في العرف للذكر وحده ، وفي الحقيقة للذكر والأنثى ، فقيل يغلب العرف لأنه المتبادر الى الفهم ، ولكن المرجح تغليب الحقيقة على العرف لأن الحقيقة هي الأصل ، ولهذا يحمل عليه كلام الله سبحانه ، وكلام رسوله - صلى الله عليه وسلم - ، فعلى هذا اذا أوصى بشاة ، تتناول الذكر والانثى ، والضأن والمعز والكبير والصغير ، لأن اسم الشاه يتناول ذلك كله بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " في أربعين شاة شاة " .
* انظر: كشاف القناع ٤/٣٦٩ ، والمقنع مع حاشيته ٢/٣٧٧ .
(٥) انظر : مغني المحتاج ٣/٤٤ .

لا يعرف حينئذ ثلث ماله ،اما لكثرته ،أو لغيبته ،أو غيرهما ،فدعت الحاجة الى تجويز الوصية بالمجهول[1] ،ولأن الموصى له يخلف الميت فى ثلثه ،كما يخلفه الوارث في ثلثه ،فلما جاز أن يخلف الوارث الميت فى هذه الأشياء ،جاز أن يخلفه الموصى له[2].

مسلك قانون الوصية المصرى في الوصية بالمجهول :

لم يرد عن قانون الوصية المصرى مايدل صراحة على جواز الوصية بالمجهول ،ولكن الذى ورد عنه هو ذكره لبيان بعض أحكام الوصية بالمجهول التى اقترنت بما يشير الى البيان ،وان لم يكن قاطعا ولا راجحا ،بل كان احتمالا قريبا ،على أنه لم يسر على ماذكرناه سابقا من جعل بيان الموصي به المجهول للورثة ،بل تولي هو بيان الحكم ،وكان له اعتماد من الفقه ،فقد ذكر أحكام الوصية بمثل نصيب أحد ورثته ،أو بنصيب وارث ،ذكر ذلك[3] فى مواده ٤٠ ،٤١ ،كما يتضح لنا ذلك في المبحثين التاليين السادس والسابع

---

(١) أنظر : اسنى المطالب شرح روض الطالب ٣/ ٣٥ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج ٣/ ٤٤ .

(٣) نص هذه المواد : المادة (٤٠) : " اذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصي له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة " .
المادة (٤١) : " اذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي ،أو بمثل نصيبه ،استحق الموصي له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة ان كان الورثة متساويين في الميراث ،وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة الشرعية ان كانوا متفاضلين " .
انظر : شرح قانون : الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ١٢٣ .

المبحث السادس

الوصية بمثل نصيب أحد ورثتـــه

اذا أوصى شخص لآخر بمثل نصيب أحد ورثته .

فاما أن يكون ذلك الوارث معينا أولا ؟

فان كان معينا ،فقد اختلف الفقهاء في القدر الذى يستحقـــه الموصى له بمثل نصيب ذلك الوارث .

* فالذى ذهب اليه جمهور[(١)] الفقهاء أن الموصى له يستحق مثـــل نصيب ذلك الوارث ،مزادا علي الفريضة ،وبه قال[(٢)] أبو حنيفة والشافعي

* فى حين ذهب[(٣)] مالك ،وابن أبي ليلى وزفر وداود[(٤)] ،الى أن الموصـــى

---

(١) انظر : المغنى مع الشرح ٦/ ٤٤٨ ،والمقنع مع الحاشيه ٢/ ٣٨٦ ،فقد ورد فيه : " اذا أوصى له بمثل نصيب وارث معين ،فله مثل نصيبـــه مضموما الى المسئلة ،فاذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابنان ،فلـــه الثلث ،وان كانوا ثلاثة فله الربع .. " .

وانظر : المجموع التكملة الثانية ١٥/ ١١٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٩٠١ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٤٨ .

(٤) هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصفهاني ،ولد سنة ٢٠٢ هـ ، بالكوفة ،أخذ العلم عن اسحاق بن راهويه وأبي ثور ،وكان زاهدا متقللا قال ابو العباس احمد بن يحيى بن ثعلب : " كان داود عقله أكثر من علمه " وقيل انه كان في مجلسه أربعمائه صاحب طيلسان أخضر، وكـــان من المتعصبين للشافعي ،انتهت اليه رياسة العلم في بغداد .

توفي بها سنة ٢٧٠ .

انظر : طبقات الفقهاء ص ٩٢ .

له يعطى مثل نصيب ذلك الوارث المعين ،أو مثل نصيب أحد الورثة ،من أصل المال غير مزيد في حالة ما اذا كانوا في الميراث سواء ،ثم يقسم الباقي بينهم .

أما في حالة ما اذا كانوا يتفاضلون ،فقد قال مالك ينظر الى عدد رؤسهم ،ويعطى الموصى له سهما من عددهم (١) ، فان كان عدد رؤس ورثته ثلاثة فله الثلث ،أو أربعة فله الربع ،أو خمسة فله الخمس ،وهكذا .

الأدلة والمناقشة :

استدل مالك ومن معه لاعطاء الموصى له مثل نصيب الوارث المعين ،من أصل المال من غير زيادة ،وقسمة الباقي بين الورثة في حالة تساويهم . بأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو وصى بمثل نصيب أبنه وله ابن واحد ،فالوصية (٢) بجميع المال وان كان له ابنان فالوصية بالنصف ،وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث .

ونوقش هذا الجزء من الدليل : بأنه لو كان نصيب ذلك الوارث المعين من أصل المال ،ما أعطى الموصى له ،مثل نصيبه ،ولا حصلت له التسوية ،والعبارة تقتضي التسوية ،وانما جعل له مثل أقلهم

---

(١) ففي المدونه : " وسئل عن رجل يقول عند موته لفلان مثل نصيب أحد ورثتي ويترك رجالا ونساء (قال) قال مالك : أرى أن يقسم ماله على عدد من ترك من الورثة الرجال والنساء ،لا فضل بينهم ،الذكر والانثي فيه سواء ، ثم يؤخذ حظ واحد منهم ،ثم يدفع الى الذى أوصي له به ،ثم يرجع من بقي من الورثة ،فيجمعون ما ترك الميت بعد الذى أخذ الموصى له فيقتسمون ذلك على فرائض الله عز وجل للذكر مثل حظ الانثيين ، (قال) فأرى أن يكون للموصى له الثلث في مسألتك وهو رأيي " أنظر : المدونة ١٥ / ٧٠ ،٧١ .

نصيبا ،لأنه المتيقن ،وما زاد فمشكوك فيه[(١)] فلا يثبت مع الشك ،وفي ذلك يقول ابن[(٢)] قدامة : " ومتى أعطى من أصل المال ،فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسويه ،والعبارة تقتضي التسوية ،وانما جعل له مثل أقلهم نصيبا لأنه المتيقن ،وما زاد فمشكوك فيه ،فلا يثبت مع الشك " .

واستدل مالك لاعطاء الموصى له بمثل نصيب ذلك الوارث المعين سهما من عدد الورثه ،في حالة تفاضلهم ،بأنه في هذه الحالة لا يمكن اعتبار أنصبائهم ،لتفاضلهم ،فاعتبر عدد رؤسهم[(٣)] .

ونوقش هذا الجزء من الدليل : بأن قوله[(٤)] : " يعطى سهما من عددهم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي ،فان هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ،ولفظه انما اقتضي نصيب أحدهم ،وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم ،فيصرفه الى الوصي ،لقول الموصي ،وعملا بمقتضي وصيته وذلك أولى من اختراع شئ لا يقتضيه قول الموصى أصلا"

---

(١) فلو خلف ابنا وأربع زوجات ،صحت المسألة من اثنين وثلاثين سهما لكل امرأة سهم وللموصى له سهم ،يزاد عليهافتصير من ثلاثه وثلاثين سهما ،للموصى له سهم ،ولكل امرأة سهم ،وما بقي فهو للابن ،وانما جعل له أقل أنصبائهم ،لأنه المتعين ،وما زاد مشكوك فيه . ." .
انظر: العده ، شرح العمده ، ص ٢٩٣ ،وانظر: المغنى مع الشرح ٦/ ٤٤٩

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٤٨ .

(٣) انظر : المرجع السابق ،وانظر: الكافي ٢/ ١٠٣٩

(٤) انظر : المغنى مع الشرح ٦/ ٤٤٨ .

* أما الجمهور فقد استدلوا لاعطاء الموصى له بمثل نصيب ذلك الوارث المعين، مزادا على الفريضة، بأن الموصي قد جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له، وجعله مثلا له، وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطي من أصل المال فما أعطي مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به، وعبارة الموصي تقتضي ذلك (1).

فاذا أوصى لشخص بمثل نصيب ابن معين، وتوفي الموصي عن ثلاثة أبناء كان معنى ذلك، أن يكون الموصى به مساويا لنصيب هذا الوارث المعين، ولا يتحقق ذلك الا بقسمة المال على أربعة أسهم بزيادة سهم للموصى له على أسهم البنين الثلاثة، ولو أعطى ثلث التركة كما ذهب الى ذلك مالك، لكان في ذلك تغيير للوصية، اذ لم تكن حينئذ بمثل ما أعطى لهذا الوارث، بل أكثر منه، ولذلك يقول (2) الشيخ على الخفيف بعد أن ذكر هذا المثال لتوضيح وجهة الرأيين : " ويرى مالك أن هذه العبارة، لا تقتضي المساواة فى الاعطاء، وانما تقتضى المساواة فى القدر بين ما للوارث، فى أصل التركة بحسب الميراث، وما للموصى له بالوصية ".

وبالموازنة بين الرأيين، ودليليهما، يتضح لنا رجحان ما ذهب اليه الجمهور وهو ما أخذ به قانون الوصية المصرى في مادته (3) (٤٠) فقد جاء فيها : " اذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة

---

(1) المغنى مع الشرح ٦/٤٤٩ .

(2) احكام الوصية للشيخ على الخفيف، ص ٣٩٦ .

(3) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٨١ .

الموصي ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضه " .

مثال[1] ذلك لو قال " أوصيت لابن بنتي بمثل نصيب بنت ابني وكان الورثة بنتا وبنت ابن واختا شقيقة ، فان الموصى له يأخذ مثل نصيب بنت الابن ، وهو سدس التركة ، ومثال[2] ذلك ايضا لو أوصي بمثل نصيب ابنه لأخيه الشقيق ، وكان يرثه مع ابنه بنتان ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين ، ويكون للأبن النصف ، ولكل بنت الربع فتكون السهام أربعة يكون للابن سهمان ، ولكل بنت سهم ، ثم يعطى الموصى له سهمين ، مثل نصيب الابن ، فاذا كانت التركة ١٢٠ جنيها تقسم المسألة على ستة ، فيكون للموصى له أربعون جنيها ، وللابن أربعون جنيها ، ولكل بنت عشرون جنيها " على أن يلاحظ[3] عند القسمة ما إذا كان نصيب الوارث الموصى له بمثل نصيبه زائدا على الثلث فان كان كذلك ، فان الموصى له يأخذ الثلث ، وما زاد يوقف نفاذه على اجازة الورثة ، وذلك فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، فان الموصى له يعطى نصف المال ولابنه النصف ، لأنه جعل له مثل نصيبه غير ان الزيادة ههنا على الثلث تقف على اجازة الابن ، فان اجاز جازت الزيادة والا فلا تنفذ ويأخذ الموصى له الثلث ، ويأخذ الابن الثلثين .

---

(١) انظر : الوصية للاستاذ البرديسي ٨٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٢٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٠١ ، وانظر: المغني مع الشرح ٦/٤٥٣

وقد قال بذلك الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] ، في حين ذهب[٤] مالك الى أن الموصى له يعطى في حال الاجازة جميع المال ، مستدلا على ذلك بأن نصيب ابنه اذا لم يكن له غيره هو جميع المال ، فاقتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال ، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه ، كانت وصية بجميع المال اجماعا ، فوجب اذا وصى له بمثل نصيب ابنه أن تكون وصيته بجميع المال .

وأجيب عن ذلك من ثلاثة أوجه[٥] :

أحدها : أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع ، فلم يجز أن يكون الفرع رافعا لحكم الأصل .

الثاني : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للابن نصيب ، واذا لم يكن للابن نصيب ، بطلت الوصية التي هي مثله .

الثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية ، بين الموصى له وبين ابنه ، فاذا وجب ذلك ، كانا نصفين ، وفي اعطائه للجميع ابطال للتسوية بينهما .

وأما قولهم ان نصيب الابن ، كل المال ، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية ، وأما الوصية فلا يستحق الجميع .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٠٠ .

(٢) انظر : المجموع: ١٥/١١٥ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤٥٣ .

(٤) انظر : جواهر الاكليل ٢/٣٢٣ .

(٥) انظر : المجموع ١٥/١١٥

هذا بالنسبة اذا كان الموصى له بمثل نصيبه معينا ،فأما ان كان غير معين ،فينظر : فان كان ورثة الموصي يتساوون في ميراثهم كما لو كانوا أبناء ،مثلا ،أعطي الموصى له قدر ميراث أحدهم زائدا على الفريضة كواحد منهم زاد فيهم .

وان كان ورثة الموصي مختلفين في ميراثهم ،أعطي الموصى له مثل نصيب أقلهم ميراثا ،زائدا على فريضتهم ،كما لو كان يرث الموصي بنون وبنات ،فيستحق الموصى له مثل نصيب بنت .

* وفيما ذكرنا يقول ابن قدامة(١) : "وجملة ذلك : أنه اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى ،فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين ،فله مثل نصيب أحدهم مزادا على الفريضه ،ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ،وان كانوا يتفاضلون كمسئلة(٢) الخرقي(٣) ،فله مثل نصيب

---

(١) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤٤٨ .

(٢) ومسئلة الخرقي هي : " واذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه ،كان له مثل مالأقلهم نصيبا ،كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات ،فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما للزوجات الثمن وهو أربعة وما بقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه ،فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهما ،للموصى له سهم ،ولكل امرأة سهم ،وما بقي فللابن " .
انظر : المصدر نفسه ،انظر : المجموع التكملة الثانية ١٥/١١٥ .

(٣) الخرقي هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقي له مصنفات كثيرة في المذهب الحنبلي ،الا أنه لم ينتشر منها الا المختصر في الفقه ،وذلك لأنه خرج عن مدينة السلام ،حينما ظهر فيها سب الصحابة - رضي الله عنهم - ،وأودع كتبه في دار سليمان ==

أقلهم ميراثا يزاد على فريضتهم " .

وبهذا أخذ قانون الوصية المصرى جاء ذلك واضحا في مادته[1] (٤١) ونصها : " اذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه ، استحق الموصي له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة ، ان كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة ان كانوا متفاضلين " .

وفي هذه الحالة - أعني حالة ما اذا أوصي بمثل نصيب أحد ورثته من غير تعيين ذلك الورث - يقول[2] الشيخ محمد أبو زهرة : " الحال الثانية : " أن يوصي بمثل نصيب أحد ورثته ولا يعينه ويندرج في هذه الحال صورتان - احداهما - أن يكون الورثة جميعا متساوين في السهام ، والثانية ، أن يكونوا غير متساوين - ولكل صورة حكم ، فحكم الصورة الأولى أن يعطي بمقدار واحد ، وحكم الثانية أن يعطى بقدر أقل الورثة سهاما ، وفي الحالتين تقسم المسألة بالسهام ، ويزاد على مجموعها مقدار سهام أحد الورثة في حال

== فاحترقت الدار ، التى كانت فيها ، وقد شرح مختصره في الفقه جماعة من الحنابلة المتقدمين ، والمتأخرين ، كالقاضي أبي يعلي ، وكان آخر من شرحه موفق الدين أبو محمد بن قدامة في كتابه : المغني ، المشهور ، الذى لم يسبق الى مثله ، توفي الخرقي سنة ٣٣٤ هـ ، ودفن بدمشق انظر : طبقات الحنابلة ٢ / ٧٥ - ١١٨ ، المطلع ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨١ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ص ١٢٤ .

التساوى ، ومقدار أقلهم سهاما فى حال عدم التساوى ... "

ولنضرب على ذلك أمثلة للايضاح :

أولا : مثال ما اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لآخر ، وهم متساوون في الميراث ، كأن يوصي[1] بمثل نصيب أحد ورثته لابن أخيه الشقيق ، ثم يموت عن ثلاث زوجات ، وثماني أخوان شقيقات ، وأخ لأب ، ويخلف تركة ، تدرها ١٣٠ جنيها ، فتقسم المسألة فى هذه الحال بالسهام ، فيكون لثلاث الزوجات الربع ، ولثماني الأخوات الشقيقات الثلثان ، وللأخ الباقي ، ويكون أصل المسألة اثنى عشر ، يكون للزوجات الربع ثلاثة سهام ، لكل واحدة سهم ، وللشقيقات الثلثان ثمانى سهام ، لكل واحدة سهم ، ويكون للأخ للأب سهم واحد هو الباقي ، فهنا يتساوى الورثة ، فيأخذ الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة بمقدار سهم واحد ، ويضاف على الأصل سهم وتقسم التركة على ثلاثة عشر ، يخص كل واحد عشرة جنيهات .

ثانيا : مثال[2] ما اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لآخر ، وهم متفاضلون فى الميراث ، كأن يوصي لابن أخيه الشقيق بمثل نصيب أحد ورثته ، ويموت عن ثلاث زوجات ، وبنتين ، وابن ابن ، ويخلف تركة مائة جنيه ، فتقسم المسألة بين الورثة بالسهام ، فيكون لثلاث الزوجات الثمن ، وللبنتين الثلثان ، ولابن الابن الباقي ، ويكون

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٢٤ .

(٢) انظر : المرجع السابق نفسه .

أصل المسألة من ٢٤ ،لثلاث الزوجات الثمن ثلاثه ،لكل واحدة سهم ،وللبنتين ستة عشر سهما ،لكل واحدة ثمانية أسهم،ولابن الابن الباقي ،وقدره خمسة أسهم ،ويعطى الموصى له أقل قدر في الميراث ،وأقل نصيب في الميراث الزوجات ،فيكون له مثل نصيب احداهن ،ويضاف الى أصل المسألة ،ويكون مجموع السهام بعد ضم سهم الموصى له ،خمسة وعشرين ،تقسم المئة جنيه عليها ،فيخص كل زوجة أربعة جنيهات ،والموصى له،أربعة جنيهات ،وتعطى كل بنت اثنين وثلاثين جنيها ،ولابن الابن الباقي ،وقدره عشرون جنيها .(١)

... ...

---

(١) انظر : المرجع السابق .

المبحث السابـــع

الوصية بنصيب وارث

اذا أوصى شخص لآخر بنصيب ابنه أو ابنته ،وكان الموصى بنصيبه غير موجود وقت الوصية ،فان وصيته صحيحة[1] ،في أقوال فقهـــــاء المذاهب الأربعة ،ذلك أن مثل هذه الوصية لم يترتب عليها تحويل نصيب ثابت الى آخر ،فكان كما لو أوصى بمثل[2] نصيب ابنه أو ابنتـه.

ولكن حصل الخلاف فيما لو أوصى بنصيب ابنه أو أبنته ،وكـــان الموصى بنصيبه موجودا وقت الوصية = من حيث الصحة والعـدم علـى قـولـين : -

القول الأول :

أن الوصية بنصيب ابنه أو ابنته ،باطله ،وقد قال بذلـــــك أبو حنيفـــة[3] ، وصاحبـاه ، وبعض أصحاب الشافعي[4] ،وقـــــد

(١) ولكن بشرط أن يقول في وصيته : بنصيب أو مثل نصيب ابني لو كـــان موجودا ،ففي حاشية الدسوتي : " فخرج بالموجود وصيته بنصيب أومثل نصيب ابنه ولا ابن له فتبطل الا أن يقول لو كان موجودا .." بتصرف ٤/ ٣٩٧، وورد في المغني لابن قدامه: " ولو أوصى بمثل نصيب وارث ، لو كان ،فقدر الوارث موجودا ،وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو لـــه مع عدمه .. " ٦/ ٤٥٢، وفي بدائع الصنائع: " ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان ،فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ،وله نصف المال ان أجازت الورثة .." ١٠/ ٤٩٠١ ،وورد في المجموع مثل ذلك ١٥/ ١١٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٩٠٠، ٤٩٠١ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨ .

(٤) ...

ذكره القاضي[(١)] وجها عند الحنابلة .

القول الثاني :

أن الوصية بنصيب ابنه أو ابنته صحيحة ، وهي كالوصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته ، وقد قال بذلك زفر[(٢)] ، ومالك[(٣)] ، وأهل المدينة ، واللؤلؤى[(٤)] ، وأهل البصره

---

(١) الا أن الحارثي ذكر بأن القاضي رجع عن هذا الوجه ، وأنه جزم بصحة وصية من أوصي بنصيب ابنه ، ويعطي الموصى له بنصيب وارث كما يعطي من وصى له بمثل نصيب وارث، كما جزم به ، الشريف وأبو الخطاب والشيرازى ، ومال اليه المصنف والمجد ... وقال الحارثي : " هو الصحيح عند هم - انظر : الانصاف ٧/ ٢٧٥ ، وانظر: المغنى مع الشرح الكبير ٦/ ٤٥٠ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨ .

(٣) لا يختلف الحال عند مالك في الوصية بنصيب وارث أو مثل نصيبه ، فقد ورد فى الكافي : " ولا فرق عند مالك بين أن يوصي بنصيب ابنه أو بمثل نصيب ابنه ، أو أحد بنيه .. " انظر : الكافي ٢/ ١٠٣٩ ، وورد فى جواهر الاكليل مثل ذلك بعبارة : " وان أوصى لشخص بنصيب ابنه أو أوصى له بمثله ، أى مثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، وأجاز الوصية فتنفذ الوصية في الصورتين للموصى له بجميع مال الموصي .. " جواهر الاكليل ٢/ ٣٢٣ .

(٤) هو الحسن بن زياد اللؤلؤى ، مات سنة ٢٠٤ هـ ، قال عنه يحيى بن آدم : " ما رأيت أفقه من الحسن بن زياد " .
وولي القضاء ثم استعفي منه .
انظر : طبقات الفقهاء ص ١٣٦ .

وابن أبي ليلي[١] ،وقد قال به بعض أصحاب الشافعي[٢] ، وهو الوجه الأخر عند الحنابلة .

الأدلة والمناقشة :

أولا : استدل من قال بصحة وصية من أوصى بنصيب ابنه الموجود وقت الوصية بدليلين :-

الأول : أن الجميع ماله في الحال ،وذكر الابن للتقدير به[٣].

ونوقش هذا الدليل : بأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت ،فكانت الوصية به ،وصية بمال الغير ،بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لأن مثل الشئ غيره ،لا عينه[٤] ،فلا يترتب على هذه الوصية تحويل

---

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي ،قاضي الكوفة ،ولد سنة ٧٤ هـ، ومات سنة ١٤٨ ،وهو ابن اثنتين وسبعين سنة ،وتفقه على الشعبي والحكم بن عتيبه ،وأخذ عنه الفقه سفيان بن سعيد الثورى ،والحسن ابن صالح بن حي ،وقال عنه سفيان الثورى : " فقهاؤنا ابن ابي ليلي وابن شبرمه .. " انظر : طبقات الفقهاء ص ٨٤ .

(٢) انظر : المجموع التكلة الثانية ١٥ / ١١١ ،ففيه : " ومن أصحابنا من قال : " يصح ويجعل المال بينهما ،كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه " .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٨ .

(٤) انظر : المصدر السابق ،ومثل ذلك من لم يكن له ابن ولا ابنة فأوصى فان وصيته صحيحة ،لأنها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت ،فكانت كالوصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته .... "

انظر : المصدر السابق .

نصيب ثابت الى الموصى له ،بل يبقي نصيبه ويزاد عليه[1] .

الثاني : أنه يجوز حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه فقوله : " أوصيت بنصيب ابني أى مثل نصيبه ،ومثله سائغ لغة ومن ذلك قوله تعالى :" وأسأل القرية[2]" أى أهلها ،وبذلك فانه يمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه[3] .

ونوقش هذا الدليل : بأن حذف المضاف انما يجوز ،اذا وجد ما يدل على اقامة المضاف اليه مقامه ،كما فى الآية ،وذلك لأن السؤال يدل على المسؤل وهم الأهل .

وهنا لم يوجد ما يدل على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه اذ أن قوله : " أوصيت بنصيب ابني " لا يدل على أنه تصد الوصية بمثل نصيب ابنه ،اذ لا قرينة تنبئ عن ذلك ،ولا يترك المعنى الظاهر الى غيره الا بوجود قرينة تدل على ذلك الترك[4] .

ثانيا : واستدل من قال ببطلان وصية من أوصى بنصيب ابنه ،بأن نصيب ابنه ثبت بنص قاطع ،لا يحتمل التحويل الى غيره بالوصية فاذا أوصى به لرجل آخر ،فقد أوصى بما هو حق ثابت لابنه، وفى الوصية به تغيير لما فرضه الله ،وصار كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث ،كما لو قال : " بدار ابني أو بما يأخذه ابني ،فلا تصح الوصية به .كما أنه لا يلتفت فى ذلك الى اجازة الورثة ، لأن

---

(١) المصدر نفسه . وينظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٩٠٠ ، ٤٩٠١ .

(٢) سورة يوسف آية ٨٢ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٦ / ١٨٨ ، والمغني على الشرح الكبير ٦ /٤٥ .

(٤) انظر : تبيين الحقائق ٦ / ١٨٨ ،وانظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٣٢ .

الوصية لم تقع في ملكه ، وانما أضافها الى ملك غيره ، فصار كمن أوصى لرجل بملك زيد ، ثم مات فأجازه زيد ، فان ذلك لا يجوز[1]

وبالموازنة بين هذين الرأيين ودليليهما ، ومناقشة ما استدل به مالك ومن معه للقول بعدم وجود فرق في عبارة الموصي في وصيته " بنصيب ابنه أو بمثل نصيبه ، وأن وصيته بنصيب ابنه تصح ، كما لو وصى بمثل نصيبه .

يتضح لنا رجحان قول أبي حنيفة وصاحبيه - كما هو قول بعض أصحاب الشافعي ، والوجه الثاني عند الحنابلة - بوجود الفرق في عبارة الموصي في وصيته بمثل نصيب ابنه ، أو وصيته بنصيبه وأنها تصح بقوله : " أوصيت بمثل نصيب ابني دون قوله : " أوصيت بنصيب ابني " فلا تصح ، وذلك لأن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فاذا قال : " أوصيت بنصيب ابني " فكأن معناها الظاهر الذى لا يوجد غيره " أوصيت بما يملك ابني عند وفاتي " فصارت وصيته بمدلول هذه العبارة ، وصية بملك الغير ، فهي باطله.[2]

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦ / ١٨٨ ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٩٠٠ ، ٤٩٠١ ، وانظر : حاشية بن عابدين ٦ / ٦٦٩ ، وانظر : المجموع التكملة الثانية ١٥ / ١١١ ، وانظر : المغني مع الشرح ٦ / ٤٥٠ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ص ١٣٢ .

مسلك قانون الوصيه المصرى :

أخذ قانون الوصية المصرى بمذهب مالك ومن وافقه ،لأنه وان اقتصر فى مادته[1] (٤٠) على ذكر الوصية بمثل نصيب وارث معين دون ذكر الوصية بنصيبه ،فلأنه جرى على مانصت عليه المذكرة التفسيرية من أن[2] : " الوصية بنصيب وارث معين تكون فى حكمها كالوصية بمثل نصيبه على سواء ..."

فكانت عبارته صادقة بالأمرين ،بدليل أنه في المادة[3] (٤١) ، ذكر: "أن الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه في معنى واحد". وقد جاء في المذكرة الايضاحية أن الايصاء بنصيب الابن أو بمثل نصيبه صحيح ،يترتب عليه أن يزاد مثل سهمه في الحالين على سهام فريضة التركة ، ليكون للموصى له ،ويكون الباقي للورثة[4] .

---

(١) ونصها : " اذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة . انظر : المصدر السابق ص ٢٨١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ١٣٢ .

(٣) ونصها : " اذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة ان كان الورثة متساوين في الميراث، وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة ان كانوا متفاضلين " . المرجع السابق ٢٨١ .

(٤) انظر : الوصية للأستاذ البرديسي ص ٨١ .

المبحث الثامن

الوصية بالمعدوم

ذهب فقهاء المذاهب الثلاثة المالكية[1] والشافعية[2]، والحنابلة[3] الى صحة الوصية بالشيء المعدوم، كوصيته بما تحمل أمته، أبدا أو مدة معلومة، أو بما تحمل شجرته أبدا أو مدة معلومة .

أما علماء الحنفية فقد فرقوا[4] في الوصية بالشيء المعدوم، بين أن يوصي لآخر بثمرة بستانه القائمة، أو ما تثمر به في المستقبل، وبين

---

(١) انظر : جواهر الاكليل ٢/٣١٧، ٣٢٣ .

(٢) فقد ورد في السراج الوهاج : " وكذا تصح الوصية بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح فتصح بالمعدوم، ص ٣٣٧، وفي أسنى المطالب : " ولو أوصى بحمل ولو غير موجود جاز، لأن الوصية انما جوزت رفقا بالناس وتوسعة عليهم، فاحتمل فيها وجوه من الغرر، فتصح بالمعدوم، كما تصح بالمجهول ... " ٣/٣٥، وهناك رأيان أحدهما يقول بعدم صحة الوصية بالمعدوم، لأن التصرف يستدعي متصرفا فيه ولم يوجد والآخر يقول تصح بالثمرة دون الحمل، لأنها تحدث من غير احداث أمر في أصلها بخلاف الولد .. " نهاية المحتاج ٦/٥٠ .

(٣) فقد ورد في المغني والشرح الكبير : " وتصح الوصية بالمعدوم، فلو قال : " أوصيت لك بما تحمل جارتي هذه، أو ناقتي هذه، أو نخلتي هذه، صح، لأنها تصح مع الغرر، سواء أوصى به أبدا أو مدة معلومة بعينها" انظر ٦/٢ه وانظر : نيل المآرب ٢/١٨، وانظر: الكافي ٢/٤٨١ . والمقنع مع حاشيته ٢/٣٧٥ .

(٤) انظر : شرح تكملة فتح القدير ١٠/٤٩١، وانظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٩ .

أن يوصي لآخر بما تلد أغنامه ،أو بما تحمل به جاريته مستقبلا ،فأجازوه في الأول ،ومنعوه في الثاني ،وقد قال به بعض الشافعية[(١)] .

وفي الحقيقة أن ما ذهب اليه فقهاء الحنفية من القول بجواز الوصية بما تحمل به أشجاره من ثمرة هذا العام أو مستقبلا ، دون الوصية بما تلد أغنامه أو تحمل به جاريته ،هو الأرجح في نظرى .

ولا يقدح في صحة هذه التفرقة = اتفاقهم على أن الوصية شرعت فى الأصل رفقا بالناس ،وتوسعة عليهم ،فاحتمل فيها وجوه الغرر، فصحت بالشيء المعدوم = .

ذلك أنه يشترط لصحة تمليك الشيء المعدوم عند الوصية به ،قبوله للتمليك حال حياة الموصي بعقد من العقود ،لأن مالا يقبل التمليك يأباه القياس .

ووصيته بما تلد أغنامه أو تحمل به جاريته ،لا يقبل التمليك حال حياة الموصي ،فكان مما يأباه القياس ،ولذلك فانه لا يجوز ايراد العقد عليه أصلا ،ولا يستحق بعقد من العقود ،فكذلك لا يدخل تحت الوصية ،بخلاف الموجود منه ،فانه يجوز استحقاقه بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا[(٢)] ، فكذلك يجوز استحقاقه

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٦/ ٥٠، ٥١ ،وقد ذكرنا نص قولهم فى فى هامش (٢)

(٢) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي ،أو غنمي صح ،وله ما في بطنها ،وان لم يكن في البطن شيء ،فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة ،لأن ما في البطن قد يكون متقوما ،وقد لا يكون فلم يضره ،حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر . انظر : شرح تكملة فتح القدير ١٠/٤٩١ .

بعقد الوصيـــــة[1] .

أما وصيته - بغلة بستانه ،أو ثمرة نخيله العام أو أبدا فانهـــا تجوز ،وان كان الموصى به معدوما ،لأنه مما يقبل التمليك في حيـاة الموصي ،ولهذا فانه يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة والاجـــــاره فجواز امتلاكه بعقد الوصية من باب أولى ،لأن[2] بابها أوسع فان حصل[3] منه شيء ،والا بطلت وصيته ،لأن الموصى به عدم ،فبطلت الوصية[4] بــه كالموهوب اذا عدم ،لأن الوصية كالهبة .

* وفي ذلك يقول صاحب النهاية[5] : " ولهذا قلنا : " بأن الوصية بمـا تثمر نخيله العام أو أبدا تجوز ،وان كان الموصى به معدوما ،لأنـه يقبل التمليك حال حياة الموصي ،بعقد المعامله ،وقلنا بأن وصيتـه بما تلد أغنامـه لاتجوز استحسانا ،لأنه لا يقبل التمليك حال حيـاة الموصي بعقد من العقود " .

---

(١) انظر : شرح تكملة فتح القدير ١٠/٤٩١ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) انظر : كشاف القناع ٤/٣٦٨ .

(٤) يستثنى من البطلان حمل الأمه،فانه يعطى مالك الأمة قيمته لحرمــة التفريق ،فان وطئت بشبهة فعلى الواطئ قيمة الولد لو وصى له بــــه، وان لم تحمل حتى صارت حرة بطلت الوصية ،ينظر : المصدر السابـق

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٩ .

مسلك قانون الوصية المصرى في الوصية بالمعدوم

لم يتعرض قانون الوصية المصرى للوصية بالشئ المعدوم الا فـــى حالة ما اذا كانت الوصيـة بغلة أرضه أو ثمرة بستانه ،وقد عرفنا أنـــه أخذ في هذا النوع من الوصية برأي المالكية والشافعية والحنابلة وهـو عدم التفرقة في الوصية بين الغلة والثمرة وأن الموصى له يستحق ماكان موجودا منها وقت وفاة الموصي ،وما يستجد منها ،مستقبلا ،ما لم تكن هناك قرينة تدل على غير ذلك ،فتنصرف اليه الوصيه ،بأن تدل القرينة على أنه أراد فى وصيته الغلة القائمة ، المعينة ،وقت وفاته فقط فـــان الوصية تنصرف اليه ،فان كانت الغلة موجودة وقت وفاته والا بطلـــت وصيتـه (١) .

وبناء على ذلك يكون الحكم المتعين تطبيقـه فيما يتعلق بوصيتــــه بماشلد أغنامـه أو تحمل جاريتـه ،هو ماذهب اليه الحنفيـة ،وهـــــو عـدم صحـة الوصيـة بذلك وهو ما رجحنا ه .

---

(١) هذا الحكم هو ما اشتملت عليه المادة (٥٥) والتى نصت على أنه : " اذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة ،فللموصى له الغلة ،أو الثمرة القـائمة وقت موت الموصي ،وما يستجد منها مستقبلا مالم تدل قرينـه على خلاف ذلك " انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمـــــــد أبو زهرة ١١٢ ، ٢٨٤ .

المبحث التاسع

الوصية بأكثر من الثلث

ويشتمل على أربعة مطالب : -

المطلب الأول : مقدار الوصية شرعا

المطلب الثاني : اجازة الورثة ، ومتى تعتبر ؟

المطلب الثالث : جهة التمليك عند الاجازة

المطلب الرابع : وقت مقدار الثلث .

المبحث التاسـع

الوصية بأكثر من الثلـث

ويشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول

مقدار الوصية شرعا

من المتفق عليه بين فقهاء المذاهب أن وصية الشخص في حدود ثلث تركته صحيحة نافذة ، سواء كان له وارث أولا ، لأنها وان كانت قد وردت مطلقة في قوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين "[(١)]. الا أنها قد قيدت بالثلث[(٢)] في قوله - صلى الله عليه وسلم - لسعد حين قال : " أوصي بمالي كله ؟ قال (لا) . قال فبالثلثين قال (لا) . قال (فبالنصف) قال (لا) . قال (فبالثلث) قال . (الثلث والثلث كثير) "[(٣)].

وانه بناء على ذلك ، فان الوصية اذا وقعت في حدود ثلث المال ، فانها تنفذ بعد سداد ديون الموصي وتجهيزه من غير توقف على اجازة الورثة ، لأنها بهذا المقدار تصرف في حق خالص له ، لا يشاركه فيه أحد من الورثة حتى تتوقف على رضاه لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم "[(٤)].

---

(١) سورة النساء آية "١٢" .

(٢) انظر : فتح الباري ٥ / ٣٦٨ ، ومنتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٤ ، ٤٥

(٣) و (٤) سبق تخريجه .

وأما اذا كانت وصيته بأكثر من ثلث تركته ، وكان ثمة وارث[1] ، فان وصيته لا تلزم الا في الثلث ، وما زاد على الثلث يقف على اجازة ورثته فان ردوها بطلت في الزائد ، وان أجازوها نفذت ، وذلك لأن المنع كان لحقهم ، فأسقطوه بأنفسهم ، فيزول المانع ، وان أجاز بعضهم دون بعض ، نفذت في حصة المجيز فقط ، وبطلت في حصة غيره[2] ، وهذا قول جميع الفقهاء ، كما قرره ابن قدامة في المغني[3] . وقد بينا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل كما بينا فيه مسلك القانون .

....

---

(١) فان لم يكن له وارث خاص ففيه رأيان :
أحدهما يقول ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث حكمه في ذلك حكم من له وارث .
والثاني يقول له أن يوصي بما يزيد على الثلث بل له أن يوصي بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين ، وقد أشرنا فيما سبق الى ذلك عند الكلام على الموصي به اذا كان أكثر من الثلث في الوصية للأجنبي .
وقد رجحنا القول بأن له أن يوصي بجميع ماله ، وذلك لأن العلة في عدم تجاوز الثلث مراعاة حق الورثة ، حتى يغنيهم عن السؤال ، فاذا لم يكن له وارث أو لم يكن عليه دين . فقد انتفت العله ، فله أن يوصي بجميع ماله بعد التجهيز واخراج الدين ان وجد ، ولأنه لما لم يكن له وارث ، فقد اختص بماله لنفسه ، فله أن يضعه حيث شاء بدون توقف على اجازة أحد . لأنه أولى به .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٢٧ .

المطلب الثانـــي

اجازة الورثة ، ومتى تعتـبر ؟

قلنا فيما سبق أن الشخص اذا كانت وصيته في حدود ثلث التركـة فانها تعتبر صحيحة نافذة في قول جميع الفقهاء .

أما اذا كانت وصيته بأكثر من الثلث ، فان نفاذها في الزائد عليـه يتوقف على اجازة الورثة اذا كان ثمة وارث ، وهو قول جمهور الفقهـاء غير أنـه لا اعتبار لهذه الاجازة الا اذا وجدت الشروط التالية :

الشرط الأول :

أن يكون المجيز من أهل التبرع ، بأن يكون بالغا عاقلا[1] ، فلا تصح من الصبي والمجنون ، والمحجور[2] عليه لسفه أو غفلة أو عته ، لأن الوصية تبرع بالمال ، فلم تصح منهم كالهبة[3] ، كذلك لا تصـح مـن

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٣ .

(٢) ويدخل في حكم المحجور عليه ، المريض مرض الموت فانه اذا أجاز وصيتـه في حال مرضه وكان المجاز له وارثا له ، فانها لا تنفذ الا باجازة ورثتـه وان كان المجاز قليلا ، وان كان المجاز له غير وارث له ، فان اجازتـه تعتبر في حدود ثلث التركة ، ولذا ننظر في القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب اجازته ، فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت اجازته ، وان لم تجزها الورثة ، وان تجاوز الثلث ، فان الزائد عليه موقوف على اجازتهم ينظر عقد الوصية ٧٠ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٢٩ ، وانظر : بدائع الصنائـع ١٠/ ٤٨٤٧ .

أوليائهم[1] ،بل يوقف الأمر حتى التأهيل[2] .

الشرط الثاني :

أن يكون المجيز عالما بما أوصى به الموصي أما اذا علم الورثة أنه أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به ،فقالوا أجزنا ذلك ،فان اجازتهم لا تصح[3] .

الشرط الثالث :

أن تكون الاجازة في وقتها المعتبر،وقد اختلف الفقهاء في الوقت المعتبر لاجازة الورثة الوصية بالزائد على الثلث سواء كانت لوارث أو لأجنبي .

فالذي ذهب اليه أبو حنيفة[4] ،وأصحابه الثلاثة محمد ،وأبو يوسف ،وزفر أن الوقت المعتبر للاجازة ما بعد موت الموصي ،فلو أجاز الورثة الوصية حال حياته ثم ردوها ،أو أذنوا في حياته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته ،فلهم الرد سواء كانت الاجازة في صحة الموصي أو مرضه

* وهذا الرأى مروى عن عبد الله بن مسعود[5] ،

---

(١) وذلك لأن تصرفاتهم انما تصح اذا كانت متضمنة مصلحة من فى ولا يتهم ولا مصلحة فى الوصية . انظر الوصية ٦٦ .

(٢) انظر : قليوبي وعميرة ٣/ ١٥٩ .

(٣) انظر : رد المحتار ٦/ ٦٥٠ ،وانظر تبيين الحقائق ٦/ ١٨٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ،وانظر: أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٦٨ ،١٦٩ .

(٥) هو ابو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود الهذيلى ،صحابي جليل . مات بالمدينة سنة ٣٢ هـ ،وهو ابن بضع وستين سنة . قال فيه الرسول ،صلى الله عليه وسلم : " رضيت لأمتي ما رضي لها ابن أم عبد "

==

وشريــــح[1] ، وقال بـه الشافعية[2] والحنابلـة[3] .

* وذهب الامام مالك الى التفصيل[4] في وقت الاجازة ، فقــــد روى ابن القاسم[5] عنه : " اذا استأذن الموصي ورثته حال حياتـه

== كان عالما فاضلا أخذ العلم عنه خلق كثير، منهم علقمة والأسود ، وشريــح قال فيه الشعبي : " ماكان من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أفقــه صاحبا من عبد الله بن مسعود " أنظر: طبقات الفقهاء ص ٤٣ ، ٤٤ .

(١) شريح هو أبو أميه شريح بن الحارث القاضي ، روى أن عليا رضي الله عنه قال : " اجمعوا لي القراء ، فاجتمعوا فى رحبة المسجد ، وأخذ يسألهم ماتقولون فى كذا ، ما تقولون فى كذا ، وبقي شريح فجعل يسائله ، فلما فرغ ، قـال اذهب فأنت من أفضل الناس أو من أفضل العرب ، استقضاه عمر على القضاء بالكوفة ، وبقي في القضاء خمسا وسبعين سنة . ثم استعفي الحجاج فأعفاه توفي سنة ٨٢هـ ، وهو ابن ١٢٠ سنة . انظر: طبقات الفقهاء ص ٨٠ .

(٢) انظر : اسني المطالب ٣ / ٣٣ ، وانظر: قليوبي وعميرة ٣ / ١٥٩ ، وانظـر : السراج الوهاج ففيه: " ولا عبرة بردهم واجازتهم في حياة الموصي" ص ٣٣٧

(٣) انظر: المغني مع الشرح ٦ / ٤٢٨ ، ففيه : " ولا يعتبر الرد والاجـازة الا بعد موت الموصي ، فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا ، أو أذنوا لمورثهــم في حياته بالوصية . . . ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته ، فلهم الرد ، ســواء كانت الاجازة في صحة الموصي ، أو مرضه نص عليه احمد فى رواية أبى طالب وروى ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح ، وطاووس والحكم والثــوري والحسن بن صالح ، والشافعي وأبي ثور وابن المنذر وابي حنيفة وأصحابه ..."

(٤) وقد لخص ابن رشد وقت الاجازة في مذهب مالك فقال : " أنه اذا أذن ، الورثة للميت: هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟فقيل لهم ، وقيــل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا يكونــوا فان كانوا في عياله كان لهم الرجوع وثلاثة الأقوال فى المذهب المالكــي . انظر : بداية المجتهد ٢/ ٣٢٩ .

(٥) ابن القاسم هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي ، عالم فاضل ، جمع بيــن الزهد والعلم . ولد سنة ١٣٢ هـ ، وأخذ العلم عن الامام مالك ، ونظرائه ==

فأذنوا ،فكل وارث بائن عن الميت .. أى ليس في عياله ،ليس له أن يرجع في اجازته - وأما امرأته وبناته اللاتي لم يبن منه ،وكل من في عياله - فلهم الرجوع عنها ،وكذا كل من خاف منهم -ان لم يجز - لحوق ضرر به من قطع النفقة ان صح له الرجوع[1] " .

ومن هذا النص[2] يتضح أن مالكا يرى صحة الاجازة ولزومها حال الحياة متى ثبت أنها صدرت من الوارث عن اختيار سليم ،ورضا صحيح أما اذا وقعت الاجازة تحت تأثير خشية الضرر ،وخوف الأذى ،فانها لا تعتبر ،وللوارث الرجوع فيها .

* وروى ابن وهب[3] عن مالك تفصيلا آخر[4] وهو : " أن الموصي اذا استأذن ورثته في حال مرضه ،فأذنوا له بالوصية ،فانه يعتبر

== وصحب مالكا سنة ،وعاش بعده اثنتي عشرة سنه ،ومات سنة ١٩١ هـ بمصر انظر : طبقات الفقهاء ص ١٥٠ .

(١) انظر : المدونة ١٥/٧٥ ،بتصرف .

(٢) انظر : عقد الوصية ٧١ .

(٣) ابن وهب هو ابو محمد عبد الله بن وهب ،عالم فاضل ،تفقه بمالك وعبد العزيز بن أبي حازم ،وابن دينار ،والمغيره ،والليث بن سعد وصنف الموطأ الكبير ،والموطأ الصغير . وكان مالك يكتب اليه : الى ابي محمد المفتي ،وقال مالك عنه : عبد الله بن وهب امام ،صحب مالكا عشرين سنة ،وكان أسن من ابن القاسم بثلاث سنين ،وعاش بعده خمس سنين ،انظر : طبقات الفقهاء ص ١٥٠ .

(٤) انظر : المدونة ١٥/٧٦ ،وانظر : احكام القرآن للجصاص ١/١٦٩ . وانظر : المغنى مع الشرح ٦/٤٢٨ .

صحيحا غير قابل للرجوع عنه ،أما اذا استأذنهم في حال الصحة فلهم أن يرجعوا ان شاءوا ،وانما جاز اذنهم في حال المرض، لتعلق حقهم بماله ،ولا كذلك في حال الصحة ".

* وذهب الأوزاعي [(١)] ،وابن أبي ليلي والحسن [(٢)] ،وعطاء،

---

(١) الأوزاعي هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمد الأوزاعي ،ولد سنة ٨٨ هـ ،وكان من سبي اليمن ،ولم يكن من الأوزاع ،عالم فذ ،متمكن في الفقه منذ صغره ،فقد سئل وهو ابن ثلاثة عشر سنة . ثنا عليه الفقهاء قال عبد الرحمن بن مهدي : ما كان أحد بالشام أعلم بالسنة من الأوزاعي . وقال : هقل بن زياد : أجاب الأوزاعي في سبعين ألف مسألة ،بل كانت له مكانة عالية ،وشأن عظيم في النفوس .
فقد روى أن سفيان الثوري لما علم بمقدم الأوزاعي خرج حتى لقيه بذى طوى ،فحل رأس البعير عن القطار ،ووضعه على رقبته ،فكان اذا مر بجماعة قال : الطريق للشيخ " . وقد أخذ عنه العلم جماعة من العلماء منهم : أبو اسحاق الغزارى ،وعبد الله بن المبارك ،وهقل بن زياد ،وأبو العباس الوليد ابن مسلم ،والوليد بن مزيد وعمر بن عبد الواحد وعمرو بن أبي سلمة ،وعقبة بن علقمة ،ومحمد بن يوسف الفريابي .
توفى سنة ١٥٧ .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٧٦

(٢) الحسن هو أبو محمد الحسن بن محمد بن الحنفية،توفي في عهد عمر ابن عبد العزيز ،قال عمرو بن دينار : ما رأيت أحد أعلم بما اختلف فيه من الحسن بن محمد ،ماكان زهريكم هذا الا غلاما من غلمانه يعني ابن شهاب .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٣ .

وحماد بن ابي سليمان[١]، وعبد الملك بن يعلي ، والزهري[٢] ، وربيعة[٣] الى جواز اجازة الورثة في حياة الموصي[٤] .

---

(١) حماد بن أبي سليمان . هو أبو اسماعيل حماد بن أبى سليمان مولى ابراهيم بن أبي موسى الأشعرى ، تفقه بابراهيم ، قال عبد الملك بن اياس : قيل لابراهيم : من لنا بعدك ؟ قال : حماد .
مات سنة ١٢٠ هـ . انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٣ .

(٢) الزهرى : هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري قال عمر بن عبد العزيز : لا أعلم أحدا أعلم بسنة ماضيه منه أى الزهري وقال أيوب : ما رأيت أحدا أعلم من الزهرى ، فقال له صخر بن جويرية : ولا الحسن ؟ قال : ما رأيت أعلم من الزهرى .
وقيل لمكحول : من أعلم من رأيت ؟ قال : ابن شهاب ، قيل له : ثم من قال : ابن شهاب قيل له : ثم من ؟ قال : ابن شهاب ، وسئل ابن عيينه أيهما أفقه أو أعلم : ابراهيم النخعي أو الزهري ؟ قال : لا أبا لك ، الزهري .
توفي فى شهر رمضان سنة ١٢٤ هـ ، وهو ابن ٧٢ سنة .
انظر : المصدر السابق ص ٦٣/ ٦٤ .

(٣) ربيعة : هو أبو عثمان ربيعه بن أبي عبد الرحمن ، وأبو عبد الرحمن اسمه فروخ ، وهو مولي تيم بن مره ، ويعرف بربيعة الرأى ، أدرك من الصحابة أنس بن مالك ، والسائب بن يزيد ، وعامة التابعين ، وكان يحضر فى مجلسه أربعون معتما ، وعنه أخذ مالك ، روى أن رجلا وقع فيه عند ابن شهاب فقال ابن شهاب : لا تقل هذا لربيعه فانه من خير هذه الأمة .
توفي سنة ١٣٦ هـ ، المصدر السابق ص ٦٥ .

(٤) انظر : المغني مع الشرح الكبير ٦/ ٤٢٨ .

الأدلـــــة والمناقشـــــة :

أولا : استدل الأوزاعي ومن معه لجواز الاجازة في حياة الموصى ، بـــأن الحق للورثة ، فاذا رضوا بتركه سقط حقهم ، كما لو رضي المشـــترى بالعيب .

ونوقش هذا الدليل : بأن الورثة اسقطوا حقوقهم في شئ لم يملكـــوه فلم يلزمهم ، كالمرأة اذا أسقطت صداقها قبل النكاح ، أو اسقاط الشفيـع حقه من الشفعة قبل البيـع[(١)].

ثانيا : أما ما ذهب اليه مالك من التفصيل فى وقت الاجازة فيما رواه عنـــــه ابن القاسم ، فهذا يرد عليه بأنه قد أناط صحة الرجوع في الاجازة بعـــد الموت بخوف لحوق الضرر ، وخوف الأذى ، وهذا قد يكون محل خلاف بين الورثة ، فضلا عن أنـه قد يتعذر اثباتـه[(٢)].

وأما ما ذهب اليه مالك فيما رواه عنه ابن وهب من اعتبار اذن الورثة للموصي بالوصية = اذا استأذنهم في حال مرضه = اعتبا ذلـــــك صحيحا غير قابل للرجوع عنه ، وتعليله ذلك بتعلق حقهم بماله فـــي هذه الحال

فهذا يجاب عليه من ناحيتين[(٣)] :-

١ - فمن ناحية كون اذن الورثة للموصي فى حال مرضه صحيحا غير قابـل للرجوع ، فهذا يرد عليه ، بأنه لما كان للميت ابطال الوصية فى حـــال

---

(١) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤٢٨ .

(٢) انظر : عقد الوصية ص ٧٢ .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ١/١٦٩ .

حياته مع أنه هو الذى أوجبها ، فالورثة أحرى بجواز الرجوع عما أجازوه ، واذا جاز لهم الرجوع ، علم أن الاجازة حال الحياة غير ملزمة .

٢ - ومن ناحية ما علل به لجواز اذنهم للموص في حال مرضه - اذا استأذنهم - بتعلق حقهم بماله ، فهذا يرد عليه ، بأن الورثة لا يملكون مال الموصي في حال الحياة لأنهم ليسوا بورثة حال الحياة ، وانما يعتبرون ورثة على الحقيقة بعد موته لا قبله فاجازتهم حال الحياة باطلة .

ثالثا : واستدل الحنفية ، والشافعية والحنابلة على أن المعتبر في وقت الاجازة ما بعد موت الموصي ، بأن الحق للورثة لا يثبت الا بموت الموصي ، وفي حصول الاجازة فى حال الحياة تعجل على حق لم يثبت لهم ، فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي فيردوها ، لأنها وقعت ساقطة لعدم مطابقتها المحل ، وكل ساقط في نفسه مضمحل ، فكان لهم أن يردوها بعد موت المورث،(١) ولذلك يقول صاحب اسنى المطالب:(٢) " ولا أثر للاجازة والرد من الورثة للوصية قبل موته أي الموصي ، فلو أجازوا قبله ، فلهم الرد بعده ، وبالعكس اذ لا حق قبله لهم ، ولا للموصي له ، فلا أثر للاجازة الا بعد موته ولو قبل القسمة " .

ونوقش(٣) هذا الدليل من ناحية القول بسقوط الاجازة في حال حياة الموصى مع أن حق الورثة في ماله ثابت من أول ما مرض مرض الموت بدليل منعه

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٨٣ .

(٢) انظر : اسني المطالب ٣/٣٣ .

(٣) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٨٣ .

من التصرف في ماله بأكثر من الثلث ،فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض ،وأن الاجازة صادفت محلها ،لاستناد حقهم الى أول المرض ،فصارت كاجازتهم بعد موته .

أجيب عن[1] ذلك بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفه ،واجازة الورثة حين وقعت في حياة الموصي وقعت باطله وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه ،فلا يظهر في حقه الاستناد،ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت ،وقبله يثبت لهم مجرد الحق ،فلو استند ملكهم من كل وجه الى أول المرض ،لانقلب الحق حقيقة قبل موته ،وهذا لا يتصور لوجود المانع ،وهو ملك المورث حقيقة ،واذا لم يتصور بقي حقا على حاله ،لا حقيقة ،والرضا ببطلان ذلك الحق = وذلك بقبول اجازتهم حال الحياة = لا يكون رضا بحقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته ،لأن الرضا ببطلانها ،يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب ،بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته ،لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة ،فلا يكون لهم الرجوع عنها فتلزم .

واستدلوا ايضا بأن[2] الوصية انما تقع للموصى له بعد الموت،لا قبله فكذلك الاجازة لا تعتبر الا في حال وقوع الوصية ،ولا تعمل قبل وقوعها وبأن الاجازة تبرع[3] بحق ،والتبرع لا يكون الا بعد ثبوت الحق

---

(١) المصدر السابق ،وانظر : شرح تكملة فتح القدير ١٠/ ٤١٧ ومابعدها .

(٢) انظر : أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٦٨ ، وقد حكي ابن هبيرة فى الافصاح اجماع العلماء على ذلك ٢/ ٧٠ .

(٣) ووجه كون الاجازة تبرعا ،أنها اسقاط لحق كان يترتب على التمسك به امتلاك ،فباسقاطه زال امتلاك المجيز . انظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٩٤ .

والحق المتبرع به انما يثبت بعد الموت ،لا قبله[1].

وبالموازنة بين أقوال الفقهاء وأدلتهم ،فاننا نختار ماذهب اليه الحنفية ومن وافقهم ،لانضباطه ،وارتباطه بوقت معلوم ،وهو موت الموصي ،مما لا يترتب معه حصول نزاع ،ولقوة ما استدلوا به لذلك ،ومناقشة ما استدل به مخالفوهم على ما ذهبوا اليه .

مسلك قانون الوصية المصرى :

جاء قانون الوصية المصرى في بعض ما اشتملت عليه المادة (٣٧) منه[2] موافقاً لما ذهب اليه الحنفية ومن وافقهم ،في وقت اعتبار اجازة الورثة فقد نصت على : أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي ،وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ".

... ...

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٩٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٠ .

المطلب الثالث

جهة التمليك عند الاجازه

اذا صحت اجازة الورثة للوصية بعد موت الموصي ،سواء كانت لوارث أو لأجنبي فيما زاد على الثلث ،فهل يتملك المجاز له ما أجيز من قبل الموصي ،أم من قبل المجيز - الورثة -؟.

فالذي ذهب اليه علماء الحنفية[1] أن الموصى له يتملك الموصى به من قبل الموصي ،وقد قال بذلك الشافعية في القول الأظهر عندهم ،وفي قول آخر أن الاجازة تعتبر ابتداء عطيه،.

* ففي أسني المطالب[2]: " فان أجازوا ،فلا رجوع لهم ،ولو قبل القبض، بناء على الأصح من أن اجازتهم تنفيذ للوصية لا ابتداء عطية منهم " .

* وقال صاحب الانصاف[3] مبينا مذهب الحنابلة ،ان اجازة الورثة تنفيذ للوصية في الصحيح من المذهب ،أما المالكية فقالوا ايضا بقولين :

أظهرهما أن اجازة الورثة ابتداء[4] عطيه وهو المشهور عندهم وهو مذهب المدونة . والقول الثاني عندهم مثل قول الحنفية .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٨٣ .

(٢) انظر : اسني المطالب ٣/٣٣ .

(٣) وذكر قولا أخر وهو أن اجازة الورثة ابتداء عطية ،كالذى عند الشافعية وهذا بناء على القول ببطلان الوصية بالزائد على الثلث ،وذكر أن هذا الرأى اختيار بعض الأصحاب . انظر ١٩٤/٧ .

(٤) ففي حاشية الدسوقي : " وان أجيز ما أوصى به للوارث ،أو الزائد على الثلث ،فهو ابتداء عطيه لا تنفيذ لوصية الموصي ،وهذا هو المشهور، ثم يذكر الرأى الآخر ،فيقول : " وذهب ابن القصار وابن العطار الى أن

وقد احتج من قال بأنه يتملكها من قبل المجيز - الورثة - بأن الميت لا حق له في الوصية للوارث أصلا ولا للأجنبي الا في الثلث، ولهذا لا تنفذ وصيته للأول مطلقا، ولا للثاني بما زاد على الثلث الا باجازة الورثة، ويمكن للوارث أن يبطلها، فتكون التركة كلها في الحالة الأولى والزائد على الثلث في الحالة الثانية ملكا للوارث حقيقة، لأن الميراث يثبت بغير قبوله، ولا يرتد برده، فاذا أجاز صارت ملكية الموصي له للمجاز من جهته ضرورة، وهو تمليك بغير عوض فيكون هبة .

الا أن قاضي زاده صاحب تكملة فتح القدير لم يرتض هذا التعليل ورأى أن التعليل المناسب هو أن يقال بأن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث، وللوارث، والاجازة لا تعمل في الباطل، فتكون هبة مبتدأة، لأنها تمليك بلا عوض.(١)

ولكن ما رواه صاحب التكملة انما يقبل على أحد قولين في مذهب الشافعية - أما على القول الآخر القاضي بصحة الوصية للوارث مع توقف نفاذها على الاجازة فانه غير سليم.(٢)

ونوقش: بأننا لا نسلم كون الاجازة هبة، لأنها ليست بسبب للخروج عن الملك، عن الموصي، بل هي رفع المانع، كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن، فان ملكية المشتري تثبت من قبل الراهن، لصدور السبب منه

== أجازة الورثة ليست ابتداء عطيه، وانما هي تنفيذ لفعل الموصي " .
بتصرف ٤/ ٣٨٠ .

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٣، وانظر: شرح تكملة فتح القدير ١٠/ ٤٢٠، ٤٢١، وعقد الوصية ٨٢ .

(٢) عقد الوصية ص ٨٢ .

واجازة المرتهن انما هي رفع للمانع[1] فقط .

واحتج من قال بأن الموصى له يتملك الموصي به ، بالاجازة من قبل الموصي لا من قبل المجيز ، بأن الوصية صدرت من الموصي ، وصادفت ملكه حالا ومآلا ، لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية ، وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ، ولهذا يبدأ بحوائجه ، ولا يملك الوارث الا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضاء ديونه ، ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله ، فاذا أوصى صار مشغولا بها ، غير أن للورثة حق نقضها اذا كانت لوارث ، وبما زاد على الثلث ان كانت لأجنبي ، لما فيه من ابطال حقهم ، فاذا أجازوا الوصية ظهر أن المجاز لم يكن منتقلا الى ملكهم ، وسقط حقهم ونفذ العقد السابق ، كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن[2] .

ونوقش هذا الدليل[3] : " بأن الوراث لو أجاز الوصية في مرض موته اعتبرت إجازته من ثلثه فثبت أن التمليك منه ؟ .

واجيب عن ذلك : بأن اجازته في مرض موته ، انما اعتبرت من ثلثه لا لكون الاجازة منه تمليكا وايجابا للملك ، لأن الاجازة لا تنبئ عن التمليك بل هي ازالة المانع عن وقوع التصرف تمليكا باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع في هذا الاسقاط ، فاعتبر تبرعه من الثلث ، كاجازته العتق والبيع الذى فيه محاباة ، وليس بتمليك من جهته ، فكذا[4] هذا

---

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٣ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٩٢٧ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٩٢٧ ، وتبيين الحقائق ٦/ ١٨٣ .

وثمرة[1] الخلاف بين القولين تظهر في عدة أحكام : -

أ - منها (أن الوارث المجيز يجبر على تسليم ما أجازه عند الحنفية ، ولا يجبر على التسليم في المذاهب الأخرى ، لأن التمليك من قبل المجيز ، وهو هبة ، لا تتم الا بالقبض ، فلا يجبر على التسليم .

ب - ومنها : أن الموصى له يتملك الموصى به قبل القبض عند الحنفية وعند غيرهم لا يتملكه قبله .

فاذا كان المجاز مشاعا يحتمل القسمة ، فان الاجازة صحيحة عند الحنفية ، لأن التمليك من جهة الموصي ، فلا يعتبر هبة عندهم ، لأن الهبة عند الحنفية لا تصح في مشاع يحتمل القسمة الا بالإفراز والتسليم .

وبالموازنة بين هذه الأدلة يتضح لنا رجحان رأي من يقول بأن التمليك عند الاجازة انما هو من قبل الموصي لا من قبل المجيز ، وذلك لأن الموصي هو الذى أنشأ الوصية فيما يملكه وقت انشائها ، وتوقفها على اجازة الورثة انما كان لتعلق حقهم بها ، دفعا للحيف والضرر ، فاذا أسقطوا حقهم بالاجازة كانت الملكية من قبل الموصي لا من قبلهم ، ولأن هذه الوصية عند الأكثر صحيحة في ذاتها ، وان توقفت على اجازة الورثة ، فان نفذت باجازتهم كان التمليك ممن أنشأها[2] .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٣ ، وعقد الوصية ٨٣ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٨٣ .

مسلك قانون الوصية المصرى :

لم يعتبر قانون الوصية المصرى الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، بل اعتبرها صحيحة ،وجعل نفاذها موقوفا على اجازة الورثة [1] ،موافقا بذلك ما ذهب اليه الحنفية ومن وافقهم .

وبذلك يكون القانون قد اعتبر انشاء ملكية مازاد على الثلث من جهة الوصية ذاتها ،وليس من انشاء الوارث باجازته ،كما يكون القانون بذلك ايضا قد اعتبر تمليك الموصى له للموصى به من جهة الموصي ،وليس من جهة الوارث على سبيل الهبة المبتدأه ،لأنه لو اعتبر ذلك على جهة الهبة لاحتاج الى عقد رسمي فيما اذا كان الموصى به عقارا ،أو قبض فيما اذا كان الموصى به منقولا ،كما اشترط القانون المدني وجود ذلك في الملك بالهبة .

وبذلك يكون القانون قد أخذ برأى من يقول بأن تمليك الموصى له من قبل الموصي وليس من قبل المجيز .

... ...

(١) نصت على ذلك المادة (٣٧) منه بقولها : " وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .. " .
انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٩١ - ١٩٤ .

المطلب الرابـــع

وقـت تـقـديـر الثلـــث

عرفنا فيما تقدم أن الوصية اذا كانت في حدود ثلث التركة، فانهـا تنفذ من غير توقف على اجازة أحد من الورثة ، بعد تجهيز الميـت وسواد ديونـه ، وقد اختلف الفقهاء في الوقت الذى يقدر فيه الثلـــث على ثلاثة آراء : -

الـرأى الأول :

أنه يقدر يوم الوصية ، فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان وهو رأي لبعض الشافعية(١) .

الـرأى الثاني :

أنه يقدر يوم الوفاة ، سواء قسمت التركة ، وفرزت الأنصباء في هـــذا الوقت أو لا ، وهذا الرأي هو المشهور عن الشافعيـة(٢) والحنابلة(٣) .

الـرأى الثالث :

أنه يقدر(٤) يوم القسمة وفرز الأنصباء وهـو مذهب الحنفية والمالكيـة .

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ٦/ ٥٤ ، ففيه: " وقيل يوم الوصية ، فلا عبرة بمـــا حدث بعدها . . "

(٢) انظر : المصدر السابق ففيه : " ويعتبر المال حتى يعلم قدر الثلث منـه يوم الموت " .

(٣) انظر : الكافي ٢/ ٤٧٧ ، فقد ورد فيه : " ويعتبر خروجه من الثلث بعـــد الموت . . " ، وكذلك ورد في كشاف القناع: " وأما اعتبار قيمة الموصى بـــه عند تقويمه ، فتعتبر يوم الموت . . ." ٦/ ٣٤٨ .

(٤) انظر : المصادر السابقه .

الأدلة والمناقشة :

وقد استدل أصحاب الرأى الأول على اعتبار تقدير الثلث بيوم الوصية بدليلين[(١)] : -

الأول : أن الوصية عقد ، والعقود تعتبر بأولها .

ونوقش هذا الدليل : بأن الوصية ليست عقدا من كل وجه ، ولذلك لا تعتبر فيها الفورية ، ولا القبول في غالب صورها .

الثاني : وبأن الوصية كالنذر في التصدق بثلث المال ، فكما يعتبر حال النذر اتفاقا ، فكذلك يعتبر حال الوصية .

ونوقش هذا الدليل : بأن قياس الوصية على النذر ، قياس مع الفارق حيث يصح رجوع الموصي في وصيته ، بخلاف النذر ، فانه عقد لازم ، لا يصح الرجوع فيه ، وفي ذلك يقول[(٢)] صاحب نهاية المحتاج في الرد على قياس الوصية على النذر : " ورد بأنه وقت اللزوم فهو نظير يوم الموت هنا ... " .

ولذلك فهذا الرأى ليس له وجاهة في نظرى ، لما عرفنا من أن التمليك بالوصية انما يكون بعد الموت لا قبله ، وعلاوة على ذلك فانه يترتب على هذا الرأي حرمان الورثة من الميراث[(٣)] ، ويبرز ذلك فيما اذا أوصى شخص بخمسين ريالا ، يوم أن كان يملك خمسمائة ريال ، ثم نقص ماله حتى لم يبق عند وفاته الا هذه الخمسون فبناء على هذا الرأى ، يأخذ الموصى له الخمسين ، ولا يبقي شيء

---

(١) الوصية ص ٦٧ ، والمجموع التكملة الثانية ١٥/٤٨ ، ٧٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٦/٥٤ .

(٣) انظر : المصادر السابقة .

للورثة ،وهذا فيه ضرر عظيم على الورثة ،والشريعة الاسلامية تأبي الضرر .

واستدل أصحاب الرأى الثاني : علي اعتبار تقدير الثلث بيوم الوفاة بأن هذا الوقت[1] هو وقت تمليك الوصية ،وبأنه وقت لزوم الوصية من جانب الموصي ،وفيه يثبت الملك للموصى له غير أنه يتوقف على قبوله

والفرق بين هذا الرأى والذى قبله أنه لو وصى بثلث ماله ،ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن على هذا الرأى ،ولو كان الاعتبار بحال الوصية ،كما ذهب اليه أصحاب الرأى الأول ،لم تتعلق الوصية بالثمن لأنه لم يكن حال الوصية ،ولذلك فانه لو وصى بثلث ماله ،وماله ألف ،فصار الفين ،لزمت الوصية في ثلث الألفين[2] ،ولو أوصى بثلث ماله ،ولا مال له ،ثم أفاد مالا ،فعلى الرأى الأول ،تكون الوصية باطله ،اعتبارا بحال الوصية .

وعلى الرأى الثاني ،تكون الوصية جائزة ،اعتبارا بحال الموت[3] .

واستدل أصحاب الرأى الثالث: على اعتبار تقدير الثلث بيوم القسمة وفرز الأنصاء ،بأنه وقت تنفيذ الوصية ،وفيه يثبت الملك ،

* ففي جواهر الاكليل[4] : " وتعتبر الزيادة على الثلث يوم التنفيذ للوصية لا يوم الموت " .

---

(١) انظر : المصادر السابقة ،وانظر: كشاف القناع ٦ / ٣٤٨ ،وانظر: الكافي ٢ / ٤٧٧ ،وانظر : المجموع التكملة الثانية ١٥ / ٤٨ ،٤٩ .

(٢) انظر : المجموع التكملة الثانية ١ / ٤٩ .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

(٤) انظر : جواهر الاكليل ٢ / ٣١٨ .

* وفي الشرح الكبير[(١)]: " ويعتبر الزائد يوم التنفيذ ، لا يوم الموت ، فاذا أوصى له بمائة وهي ثلث ماله يوم الموت ، وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين ، أعطى خمسين ، وكذا لو قال : أوصيت له بثلث مالي ، فالعبرة بماله يوم التنفيذ " . على أن من صرح من المالكية بأن المعتبر في تقدير الثلث يوم الوفاة ، قيده بوجوب مراعاة يوم التنفيذ فقد ورد فى شرح الرسالة[(٢)] للنفراوي : " المعتبر ثلث المال يوم الموت، لأن الموصى له ، لا يملك الموصى به الا بعد موت الموصي ، لكن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ ، فاذا كان المال كثيرا يوم الموت بحيث يحمل ثلثه المال الموصى به ، وطرأ عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جائحة حتى قل ، فلا يلزم الا ثلث الباقي ، و . . . . " .

* وفي المبسوط للسرخسي[(٣)] : ورد قوله : " واذا كان للرجل ثلاث جواري قيمة كل واحدة منهن ثلثمائة ، فأوصى لرجل بجارية منهن بعينها ثم مات ، فلم يقسم الورثة والموصى له حتى زادت تلك الجارية فصارت ستمائة ، أو ولدت ولدا يساوي مائة . . . فهذا كله من مال الميت ، لأن التركة بعد وقبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، فهذه الزيادة تجل على حكم ملكه ايضا ، ويكون حصولها قبل الموت ، وحصولها بعد الموت سواء . . . ، حتى قال : " والمقصود هاهنا بيان أنه يعتبر مال الميت حتى تقع القسمة لا حين يوصي ، ولا حين يموت . . . " .

---

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٨٠ .
(٢) انظر : شرح الرسالة للنفراوى ٣/ ٤
(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٩/ ١٣/ ١٤ .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا طرأ زيادة أو نقصان في التركة .
فمثلا لو أوصى شخص بثلث ماله لآخر ،وكانت قيمة المال عند الوفاة ٣٠٠ جنيه ،وعند القسمة ١٥٠ جنيها ،أعطى الموصى له ٥٠ جنيها بناء على الرأى القائل العبرة في تقدير الثلث بيوم القسمة ،وأعطي ١٠٠ جنيه بناء على الرأى القائل العبرة فى تقدير الثلث بيوم الوفاة .

ولو كانت قيمة المال عند الوفاة في هذه الصورة ١٥٠ جنيها وعند القسمة ٣٠٠ جنيه ،أعطى الموصى له ١٠٠ جنيه بناء على الرأى القائل العبرة بيوم القسمة ،وأعطى ٥٠ جنيه بناء على رأى من يقول العبرة بيوم الوفاة .

ومثال آخر فيما اذا أوصى بثلث ماله ،وكانت قيمة المال عند الوفاة ٩٠٠ جنيه ،وعند القسمة ٦٠٠ جنيه ،أعطى الموصى له ٣٠٠ جنيه بناء على رأى من يقول العبرة فى تقدير الثلث بيوم الوفاة ،وأعطى ٢٠٠ جنيه بناء على رأى من يقول العبرة بيوم القسمة .

ولوكانت قيمة المال عند الوفاة في هذه الصورة ٦٠٠ جنيه ،وعند القسمة ٩٠٠ جنيه ،أعطى الموصى له ٢٠٠ جنيه ،اعتبارا بيوم الوفاة وأعطى ٣٠٠ جنيه اعتبارا بيوم القسمة وفرز الأنصباء .
هذا اذا كانت الوصية بسهم شائع كنصف أو ثلث مثلا .
فان كانت الوصية بعين معينة ،أو بمال مثلي ثم زادت زيادة متصلة أو منفصلة من وقت الموت الى وقت القسمة .
فعلى الرأى القائل ان المعتبر في تقدير الثلث يوم الوفاة ،تكون هذه الزيادة للموصى له ، وتكون نماء ملكه ،ولا تدخل في الحساب عند

تقدير الثلث .

وعلى الرأى القائل بأن المعتبر في تقدير الثلث يوم القسمة ،تكون العين موصى بها أصالة ،والزيادة موصى بها تبعا ،فيحسبان جميعا في تقدير الثلث .

فمثلا لو أوصى لرجل بشاة ،وكانت قيمتها يوم الوفاة ٢٠ جنيها وقيمة التركة ٦٠ جنيها ،ثم نقصت قيمة التركة الى ٤٠ جنيها ،أوولدت الشاة حتى أصبحت قيمتها ٣٠ جنيها .

فبناء على الرأى القائل ان العبرة في تقدير الثلث بيوم الوفاة، تكون الشاة وولدها للموصى له ،سواء زاد المال أو نقص .

وبناء على رأى من يقول ان العبرة في تقدير الثلث بيوم القسمة وفرز الأنصباء ،تقوم الشاة وحدها أو هي وولدها عند القسمة فان خرجت تلك القيمة من ثلث التركة في هذا الوقت نفذت الوصية ،وان زادت ، نفذت في مقدار الثلث ،وتوقفت الوصية فى الزائد على الثلث[1] .

وبالموازنة بين هذين الرأيين ،يتضح لنا رجحان الرأى القائل بأن المعتبر في تقدير الثلث يوم القسمة ،لانضباطه ،ولاحتوائه لما عساه قد يطرأ على التركة من زيادة أو نقص ،ولأن حق الموصي له فى الثلث بمنزلة حق الورثة في الثلثين ،وسلامة حق الورثة في الثلثين انما تتم عند وقوع القسمة ،فكذلك سلامة حق الموصى له في الثلث ،يدل لذلك أنه لو ظهر دين على الموصي قبل قسمة التركة ،وجب تنفيذه من الأصل والزيادة جميعا[2].

(١) انظرأحكام الوصايا للأستاذ محمد شلبي ١٤٤ ،وانظر الوصية ص ٦٨ .
(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٩/ ١٤ .

مسلك قانون الوصية المصرى :

اتجه قانون الوصية المصرى الى الأخذ بالرأى المشهور عند الشافعية القائل بأن الوقت المعتبر في تقدير الثلث يوم الوفاة ،جاء ذلك واضحا في المادة (٢٥)[1] منه والتى نصت على أنه : " اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي ،استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ،وتكون زوائد الموصى به من حين الملك الى القبول للموصى له ولا تعتبر وصيه ،وعلى الموصى له نفقة الموصي به في تلك المدة " .

... ...

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص٢٧٧ .

الباب الرابع

الباب الرابـــع

في أنواع الوصيـــــــــــــــــة

وفيـه فصـلان : الفصل الأول

الوصية بالمـال

الفصل الثانـي

الوصية بالمنافـــع

المطلب الأول : الوصية بمرتب من رأس المال والمدة معينة

المطلب الثاني : الوصية بمرتب من الغلة والمدة معلومة

المطلب الثالث : الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة لطبقات مدى الحياة .

المطلب الرابع : الوصية بمرتب لمعين طول حياة الموصى له من مال التركة أو غلتها

الباب الرابع

فى انواع الوصية

وفيه فصلان : الفصل الأول

الوصية بالمال

وفيه مباحث : المبحث الأول

طريقة تنفيذ الوصية بالمال اذا كان فى التركة دين أو مال غائب

اذا كانت التركة كلها مالا حاضرا[1] أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله من غير تأخير ،واذا كانت كلها مالا غائبا[2] أو ديونا[3] ،فان تنفيذ

---

(١) المال الحاضر : هو ما كان تحت تصرف الموصى له ،أو الورثة ،كالودائع في المصارف، والمال في أيدي الوكلاء ، والعقارات التى في أيدى الورثة

(٢) المال الغائب : ما كان خارجا عن تصرف الورثة والموصى له ،أو كان فى مكان غير مأمون عليه فيه ،كمال فى سفينة أو في برية ،أو كان في يد غاصب ولا حجة لاثباته، ولا قدرة تحمله على التسليم قبل استهلاكه وان الاعتبار للغياب هو وقت الوفاة ، وهو الرأى المتفق مع أحكام القانون ،لأنه الوقت الذي تقدر فيه التركة ،ثم يستمر غيابه الى وقت القسمة .

انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٤ و ٢٥٨ .

(٣) الدين هو ما كان فى ذمة الغير ولم يستوف الى وقت القسمة ،أما ما استوفي بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر أحكام الوصايا للاستاذ محمد شلبى ١٦٩ . وانظر : المرجع السابق .

الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب ،أو تستوفي الديون ،فكلما حضر شيء قسم بين الموصي لهم والورثة بنسبة أنصبائهم .

أما اذا كان في التركة مال حاضر ،وآخر غائب أو دين ،أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة ،فان اتفق الموصي له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفقوا عليه ،لأن الاتفاق مفصل الحقوق، وشريعة المتفقين مالم يحرم حلالا ،أو يحلل حراما[1].

وان لم يتفقوا على شيء فان الطريقة لاتباع أخذه تختلف باختلاف الموصي به ،أو لاختلاف من عليه دين .

ذلك أن الموصي به قد يكون نقودا مرسله[2] ،وقد يكون عينا[3] من الأعيان ،وقد يكون بسهم شائع فى كل المال أو في نوع منه ،والدين قد يكون على أجنبي ،وقد يكون على أحد الورثة حل وقت أدائه عند قسمة التركة ،أو لم يحل بعده ، فيندرج تحت ذلك خمس حالات[4] :

الحالة الأولى :

أن يوصي لشخص بألف جنيه ،والتركة فيها مال غائب ،أو دين في حين أن المال الحاضر ثلاث آلاف جنيه ،فان الموصى له يأخذ الألف كلها ،حيث خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٤ .

(٢) النقود المرسله : هى التى لم تعين بذاتها ولم تكن من نوع معين من ماله ،كالوصية بمائة جنيه مثلا . انظر : المصدر السابق .

(٣) المقصود بالعين : ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها وعروض التجارة ،وكل معين من العقارات والمنقولات .
انظر فى ذلك المصدر السابق .

ويرجع أخذ الموصى له حقه كاملا في هذه الحالة ،أي حالة خروج الموصى به من ثلث الحاضر ،الى أن الوصية مقدمة في التنفيذ على الميراث ،ولأن الموصي جعل للموصى له قدرا معلوما في التركة ،فاذا أخذ حقه كاملا فانه لا يلحق الورثة ضرر بناء على ذلك اذ سيبقي لهم ضعف ما أخذه الموصى له على فرض عدم استيفاء الدين أو هلاك المال الغائب .

فان لم يخرج الموصي به من ثلث الحاضر ،فان الموصى له يأخذ ثلث الحاضر ،وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الديون ،أخذ منه بقدر ثلثه حتى يستوفي وصيته ،فلو أوصى شخص بألف جنيه والحاضر ١٥٠٠ جنيه ،والتركة مدينة بألفي جنيه ،فان الموصى له يأخذ من الحاضر ثلثه ،وهو خمسمائة جنيه ،وكلما حضر شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الموصي به له وهو الألف

وأخذ الموصى له الثلث من الحاضر ،وانتظاره استيفاء ما بقي من حقه الموصى به له مما سيحضر من الدين أو المال الغائب وعدم اعطائه الموصى به كله ،مراعاً فيه حق الورثة ،لأنه لو أخذ حقه كاملا ،لتضرر الورثة ،لاحتمال الا يجيء من الدين أوالمال الغائب شيء ،فمراعاة لحق الجميع أعطي الموصى له ثلث الحاضر وانتظر في الباقي مجيء المال الغائب ،أو تحصيل الدين فيشاركهم فيه بمقدار الثلث حتى يستكمل حقه كله .

وقد جاء حكم هذه الحالة في المادة[1] (٤٣) من قانون الوصية المصرى موافقا لما ذهب اليه الحنفية[2] .

الحالة الثانية :

أن يوصي بعين من أعيان التركة وفيها مال غائب أو دين على أجنبي ،كأن يوصي مثلا لشخص بدار من تركته أو يوصي له بما في محل تجارته من بضاعة ،أو بنقود مودعة عند فلان من الناس ،فالحكم فى هذه الحالة أن ننظر للعين الموصى بها مع الحاضر من التركة ، فان كانت العين تخرج من ثلث الحاضر استحقها الموصى له ،لانتفاء الضرر على الورثة .

أما اذا كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ،فان الموصى له يستحق ما يعادل الثلث ،ويكون الباقي من العين ملكا للورثه ،فاذا حضر شيئ من المال الغائب ،أو حصل استيفاء بعض الدين ،فإن الموصي له يأخذ منه ثلثه ،حتى يتم استيفائه لباقي الوصية ،وفي هذه الحال يأخذ بعض الموصي به بعينه وبعضه بقيمته[3] ،فلو أوصي

---

(١) ونصها : " اذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين وكان في التركة دين أو مال غائب فان خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له والا استحق منه بقدر هذا الثلث ،وكان الباقي للورثة وكلما حضر شيئ استحق الموصي له ثلثه حتى يستوفي حقه " انظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٨١ ،وانظر: الوصية للبرديسي ص ٩٥/ ٩٦ ،والوصايا للاستاذ شلبى ص ١٧٠ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٩٠ ،وانظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٠ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح ٦/ ٥٨٩ ،وانظر أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ شلبي ١٧١ .

لشخص بقطعة أرض تساوى الف جنيه ، والتركة ثلاثة آلاف جنيه ، في جين أن الحاضر منها يعادل الفا وخمسمائة جنيه ، وفيها ديون تعادل الفا جنيه ، فان الموصى له لا يستحق من الأرض الا ما يساوى فى قيمته خمسمائة ، أى نصف الأرض ، وهو ثلث الحاضر ، والنصف الآخر يتملكه الورثة ، والخمسمائة الأخرى التى هى نصف استحقاق الموصى له فى الوصية يستوفيها من ثلث ما يحضر من الدين أو المال الغائب .

وقد جاء حكم هذه الحالة فى المادة (٤٣) من قانون الوصية المصرى وقد أشارت المذكرة التفسيرية الى أن هذا الرأى الذى أخذ به القانون هو رأى الباجي[(١)] من فقهاء المالكية .

وان اختيار القانون لهذا الرأى له مزية لا تخفي ، اذ في العمل به تعجيل بقسمة الأعيان الحاضرة ، حتى يعرف كل ذى حق حقه وفي ذلك استقرار وثبات وعدم ترك جزء من المال مترددا من غير مالك معين مدة قد تطول الى سنين ، كما هو مذهب الحنفيه حيث قرروا أن العين الموصى بها اذا لم تخرج من ثلث الحاضر ، فان الموصى له يأخذ منها مايعادل ثلثه ، وما بقي منها يترك موقوفا[(٢)] من غير مالك ، وكلما حضر شيء من المال الغائب ، أو استحصل قدرا من الدين ، فان الموصى له يأخذ من باقي العين ما يساوي ثلث المال حتى يستوفي حقه كاملا ، فان لم يحضر شيء من الدين

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥١

(٢) فى حين أن المنصوص فى كتب المالكية يدل على خلاف ما ذهب اليه الباجي والحنفية ، فقد قالوا اذا كانت العين الموصى بها لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، وقفت ان كان يرجى اجتماع المال لأشهر يسيره ،

أو المال الغائب ووقع اليأس من حضوره ،كان باقي العين للورثة وهذا وان كان فيه محافظة على غرض الموصي من كل وجه بتنفيذ الوصية فيما عينه بذاته الا أنه يلحق الضرر بالورثة بتأخير القسمة . لهذا كان القانون موفقا عندما اختار رأى الباجي لما ذكرناه[1] .

الحالة الثالثة :

اذا كانت الوصية سهم شائع في التركة ،كأن يوصي لآخر بخمس ماله ،والحاضر من التركة ألف ،والغائب منها ألف ،فان الموصي له ،يستحق مائتين من المال الحاضر ،وهو الألف ،وكلما حضر شيء من الغائب ، أو استوفي قدرا من الدين أخذ خمسه ،حتى ينتهى الاستيفاء ،وذلك لأن ،الموصي أراد بوصيته أن يشرك الموصى له مع الورثة ،والشركة تقتضي التسوية فى الاستحقاق ، ولهذا حمل قوله تعالى : " فهم شركاء في الثلث[2] " على المساواة ولا فرق فى ذلك

== فان اجتمع اعطى منه ثلثه كاملا والا أعطى بقدر ثلثه من المال الحاضر جاء ذلك في مسألة من أوصى بعتق عبد معين ،فقد ورد فى جواهر الاكليل : " وان أوصى بعتق عبد معين وله مال حاضر ومال غائب ولا يخرج العبد المعين الموصى بعتقه من ثلث المال الحاضر لزيادة قيمته عليه ويخرج من ثلث الجميع الحاضر والغائب وقف العبد عن العتق ان كان يرجى اجتماع المال لأشهر يسيره ،فان اجتمع المال وحمل ثلثه العبد عتق جميعه ،وان لم يرج اجتماع المال الا بعد أشهر كثيرة = وحدها ابن المواز بسنه = يحمل عتق جزء من العبد بقدر ثلث المال الحاضر ثم تم عتقه ،من المال الغائب اذا حضر ،فكلما حضر شئ من الغائب يعتق من العبد بقدر ثلثه ،وهكذا حتى يتم عتقه " انظر: جواهر الاكليل ٢/١ ٣٢ ومواهب الجليل ٦ / ٣٧٥ .

(١) انظر: أحكام الوصايا للاستاذ شلبى ص ١٧٢ . (٢) النساء آية : ١٢

بين الحاضر والغائب ،والدين والعين ،

وهذا الحكم مما اتفق عليه فقهاء[1] المذاهب الأربعة ،وقد أخذ به قانون الوصية المصرى فى مادته (٤٤) والتى نصت[2] على "أن الوصية اذا كانت بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه " .

الحالة الرابعة :

أن تكون الوصية بسهم شائع فى نوع من أنواع المال ،وفى هذه الحالة ننظر : وذلك ،لأن الموصى به ،اما أن يكون كله حاضرا واما أن يكون كله غائبا أو دينا ،واما أن يكون بعضه حاضرا وبعضه غائبا .

ففي الحالة الأولى : يأخذ الموصى له سهمه الموصى به ،اذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ،فان كان لا يخرج منه ،فان الموصي له يأخذ ثلث الحاضر ،ويأخذ الورثة الباقي ،وكلما حضر شيء من المال الغائب أو حصل استيفاء شيء من الدين ،فان الموصى له يستحق في النوع الموصي بسهم منه بمقدار ثلث الذى حضر من الدين أو المال الغائب الى أن يستوفي وصيته .

مثال ذلك . أوصى شخص لآخر ،بنصف أرضه الزراعية البالغ قدرها ثمانون فدانا ،وهى من ضمن ما تركه من تركته ، كما تتضمن تركته

---

(١) انظر : المغنى مع الشرح ٦/ ٤٥٢ ،وانظر : جواهر الاكليل ٢/ ٣٢٢ ،
وانظر : حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٧٥ ،وانظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٩١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨١ .

ايضا مالا غائبا بقيمة هذه الأرض ،ففي هذه الحالة يأخذ الموصى له ثلث الأرض وقدره ٢٦ فدانا ، ويأخذ الورثة الباقي مقداره ٥٤ فدانا وكلما حضر شيء من المال الغائب ،أخذ الموصى له من الأرض التي فى أيدي الورثة بمقدار ثلث الذى حضر من المال الغائب حتى يستكمل نصف الموصى به من الأرض الزراعية البالغ قدره ٤٠ فدانا وهو مقدار الموصى به .

وأما في الحالة الثانية : وهي ما اذا كان النوع الموصى بسهم منه كله غائبا أو دينا ،فان الموصى له لا يأخذ شيئا من المال الحاضر ولكن يأخذ ثلث ما يحضر من النوع الموصى له بسهم منه .

مثال ذلك : لو أوصى شخص لآخر بثلث ديونه على التجار ، وترك بضاعة ونقودا حاضرة ،فان الموصى له لا يأخذ شيئا من الحاضر ، ولكن كلما حضر شيء من الديون أخذ منها بمقدار ثلثه حتى يستوفي جميع الديون .

وأما فى الحالة الثالثة : وهى ما اذا كان ذلك النوع الموصى بسهم منه حاضرا ، وبعضه غائبا ،فان الموصى له يأخذ من الحاضر مقدار سهمه، ويأخذ الورثة الباقي ،على أنه كلما حضر شيء من الغائب أخذ الموصى له ما يساوي سهمه الى أن يحضر كله .

وقد جاء حكم هذه الحالة(1) ـ أعنى الحالة الرابعة وما أندرج تحتها من صور ـ فى المادة (٤٥) من قانون الوصية المصرى ، موافقا لما ذهب

---

(1) انظر : الوصية للبرديسي ٦٧ / ٦٨ ، وانظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٨١ و ٢٨٢ ، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٥٨٩ .

اليه الحنابلة ،ونصها : " اذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع ان كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة ،والا استحق الموصي له من سهمه بقدر هذا الثلث ،ويكون الباقي للورثة ،وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بسهم فيه ،على الا يضر ذلك بالورثة فان كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به ،من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه " ونلاحظ في هذه المادة أن القانون قد رأى أن الموصى له له أن يسترد ما أخذه الورثة حتى حضر المال الغائب ،اذا لم يكن في هذا الاسترداد ضررا على الورثة فان تضرروا منه ،أخذ حقه مما يحضر من المال الغائب .

مثال ذلك : لو كان الموصي بسهم منه أرضا معدة للبناء فقسمت بين الموصى له والورثة ،الا أن الموصي له لم يأخذ كل نصيبه لعدم خروجه من ثلث الحاضر ،فان الورثة يملكون ما أخذوه بهذه القسمة ،ويجوز لهم التصرف في هذا الملك ،فاذا بنوا فيه أو غرسوا أو أحدثوا فيه تحسينا بحيث يضرهم أخذه ترك معهم ،وأخذ الموصى له باقي حقه مما يحضر من المال الغائب .

والقانون بهذا الحكم في هذه الحالة قد خالف ما قرره في الحالة الثانية ،وكان الواجب عليه التسوية بين الوصية بمعين والوصية بسهم في نوع ،وذلك لكي تتم القسمة ،وتستقر الحقوق ولا تضطرب، أما أن يقسم النوع المعين ثم تنقض القسمة اذا لم يكن ضرر بالورثة

ولا تنقض ان يكن ضرر ،فهذا لا يجعل الحقوق متقرره وثابتـــه ، ولا يجعل القانــون سائرا في طريق معتدل ومتحـــد[1] .

....

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٣ ،وأحكام الوصايا والاوقاف للدكتور بدران ص ١٥٣ .

المبحث الثاني

الوصية بالمال وفي التركة دين على أحد الورثة

تبين لنا فيما سبق حكم ما اذا كان الدين على أجنبي لا فرق بين الدين المستحق أدائه عند القسمة والذى لم يحل أداؤه سواء كان من جنس الحاضر من التركة أو من غير جنسه ، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوى ، ولا يوجد مال يعتبر ضمانا له حتى يؤمن ضياعه ، فلا يأخذ الموصي له الا نصيبه من المال الحاضر فقط ، ويؤخر باقيه حتى يستكمل الدين .

وقد تبين لنا ذلك في الحالات الأربع السابق ذكرها .

وهناك حالة خامسة وهى ما اذا كان الدين على أحد الورثه ، وبما أن الأمر في هذه الحالة يختلف عن سابقه ، فقد رأيت من الأحسن جعلها فى مبحث مستقل على هذا النحو ، وذلك أن الدين اذا كان على أحد الورثة فانه لا يكون عرضه للتوى فى كل صوره ، بل قد يكون مضمونا بنصيبه من المال الحاضر ، فيكون كأنه مال حاضر وقد يكون عرضة للتوى فيأخذ حكم المال الغائب ، ومن هنا كان للدين على الوارث حالتان : -

الحالة الاولي :

أن يكون الدين لم يحن بعد وقت أدائه عند قسمة التركة ، ففي هذه الحالة يأخذ الموصى له من وصيته ما يساوى ثلث المال الحاضر فقط ، ثم يأخذ باقيها عند استكمال الدين كما لو كان الدين على أجنبي .

وذلك أن الدين اذا لم يحن موعد سداده يكون غير مستحق الأداء قبل حلول موعده ، ولذلك لا يمكن جبر صاحبه باستيفائه منه بأخذه من نصيبه في المال الحاضر ، فيعتبر بذلك في حكم المال الغائب المعرض للضياع .

الحالة الثانية : أن يكون الدين قد حان موعد سداده عند قسمة التركة ، فيكون مضمونا بنصيب الوارث المدين ، فيعتبر كالمال الحاضر فيما ساوى ذلك النصيب .

وفى هذه الحالة فالدين اما أن يكون أقل من نصيب الوارث المدين فى المال الحاضر ، واما أن يكون مساويا له ، واما أن يكون أكثر منه .

فان كان الدين أقل من نصيب الوارث في المال الحاضر ، أو مساويا له ، فان الموصى له يأخذ نصيبه كاملا من المال الحاضر ، مادام يخرج من ثلث التركة ، ولا يؤجل منه شيء سواء كان الدين من جنس المال الحاضر ، أو لم يكن من جنسه الا أنه اذا كان من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بينه وبين سهام الوارث المدين .

واذا لم يكن من جنسه ، كان نصيب ذلك الوارث بمنزلة الرهن بما عليه من الدين عند الموصى له ، وبقية الورثة لا يأخذه الا اذا أدى ما عليه . فان لم يؤده باع القاضي منه مقدارما يوفي بالدين .

فاذا أوصي شخص لآخر بمائتى جنيه وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتى جنيه حل وقت أدائها ، وترك أربعمائة جنيه نقدا ، فان التركة تقسم على ثلاثة أسهم ، للموصي له سهم ، ولكل ابن سهم ، ويعتبر الدين

مالا حاضرا ،وتقع المقاصة بينه وبين أسهم الابن المدين ،فلا يأخذ شيئا من النقد الموجود ،بل يقسم بين الموصي له والابن الآخر فيأخذ كل واحد مائتين[1] ، وبهذا يكون الموصى له أخذ وصيته من المال الحاضر كاملة .

ولو كان الدين لم يحن أجله ،أو كان على أجنبي لم يأخذ الموصى له غير ثلث الأربعمائة فقط ،ثم يأخذ باقي حقه عند استيفاء الدين .

واذا كان الدين في الصورة السابقة مائة ،والنقد خمسمائة ،فان المدين يأخذ منها مائة ،وتقع المقاصة بين ماعليه من الدين وباقي سهمه .

واذا أوصى لشخص بثلث ماله ،وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتى جنيه ،وترك مع هذا الدين عقارا قيمته أربعمائة جنيه .

ففي هذا المثال الدين ليس من جنس المال الحاضر ،فيقسم الحاضر على الولدين والموصى له ،وكذلك الدين ،فيكون لكل ثلث العقار ،وثلث الدين ثم يسلم العقار كله للموصى له والابن غير المدين ،ويكون نصيب الابن المدين فيه بمنزلة الرهن عندهما نظير حقهما في الدين الذى عليه ،فان أدى المدين اليهما ثلثى ماعنده

---

(١) وعلى طريقة اسقاط اسهم المدين نقول : ان السهام ثلاثة يسقط منها واحد نصيب الابن المدين ويقسم المال الحاضر على الموصى له والابن الآخر فيكون لكل منهما مائتان وبذلك يتبين ان الابن المدين قد استوفى مائتين مثل نصيب أخيه فيكون المال الحاضر ٤٠٠ + ٢٠٠ = ٦٠٠ ،وعلى هذا يكون الموصى له أخذ ثلث المال الحاضر .
انظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبى ص ١٧٧ .

من الدين اقتسماه وسلما له نصيبه في العقار وهو الثلث، وان لم يفعل رفعا أمرهما الى القاضي ليبيع حصته في العقار لايفاء ما عليه من الدين، واذا كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين اعتبر منه مالا حاضرا مقدار ما يساوى نصيبه في الحاضر ، وكانت الزيادة كالدين على الأجنبي ، فيأخذ الموصى له من وصيته مايعادل ثلث المال الحاضر مضافا اليه من الدين مقدار نصيب الوارث المدين .

مثال ذلك : أوصى شخص لآخر بربع تركته، وخلف إبنين أحدهما مدين بمائة جنيه ، وترك مائة نقدا ، فالمسألة من أربعة ، للموصى له سهم والثلاثة الباقية لا تنقسم على الابنين فتصحح المسألة الى ثمانيه يكون للموصى له سهمان ، ولكل ابن ثلاثة أسهم تسقط منها سهام الابن المدين ، ويقسم النقد على خمسة أسهم ، للموصي له أربعون وللابن غير المدين ستون ، واذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفيا مثلها ، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين ، وباقي الدين ، وهو أربعون يعتبر مالا غائبا .

وعلى هذا ، تكون الوصية نافذة في ربع الحاضر ، والباقي من الدين يكون بين الثلاثة ، فاذا حضر حجز المدين منه باقي نصيبه وهو خمسة عشره ، وأعطى الموصى له والابن الآخر خمسة وعشرين يأخذ الموصي له منها عشره ، والابن خمسة عشر، وحينئذ يكون الموصي له أخذ تمام حقه وقدره خمسون ، وكل ابن استوفي خمسة وسبعين .

وقد جاء حكم هذه الحاله في المادة السادسة والأربعين من قانون الوصية المصرى موافقا لما ذهب اليه الحنفية ونصها : " في جميع الأحوال المبنية في المواد السابقة اذا اشتملت التركة على دين

مستحق الأداء على أحد الورثة ،وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضرا .

واذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ،ويعتبر هذا الدين مالا حاضرا ان كان مساويا لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ،فان كان أكثر منه اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالا حاضرا ،وفي هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر الا اذا أدى ما عليه من الدين فان لم يؤده باعه القاضي ووفى الدين من ثمنه ..... "
غير أنه يلاحظ أنه اعتبر جميع أنواع النقد وأوراقه جنسا واحدا ، فقد نص على ذلك في الفقرة الثانية(١) من هذه المادة بقوله :
" وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا واحدا " .

هذا ولعله من المفيد أن ننقل ما أوردته المذكرة التفسيرية في تنفيذ الوصية اذا كان في التركة دين أو مال غائب(٢) وهذا نصها : -
أ - واذا كان في التركة دين على أجنبي أو مال غائب .
١ - فان كانت الوصية بنقود مرسلة وكانت تخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كل وصيته نقدا ،ان كان في الحاضر نقود تفي بها ،والا بيع له منها بقدر ما يفي بها .

---

(١) أنظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٥ ،ومابعدها وانظر: أحكام الوصايا للأستاذ محمد شلبي ص ١٧٥ ،وانظر : المبسوط ١٤٨/٢٨ .

(٢) شرح قانون الوصية ص ٢٥٨ ومابعدها - بتصرف - .

وان كانت لاتخرج من ثلث الحاضر استحق منها نقدا بقدر ثلث الحاضر ، وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب أخذ منه بقدر ثلثه نقدا ، حتى يستوفي وصيته ، وفي جميع الأحوال يجوز للموصى له أن يأخذ من أعيان التركة ما تساوى قيمة الوصية بالاتفاق مع الورثة .

مثال ذلك : اذا أوصي بمائة وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائتين نقدا ، كانت الفريضة من ثلاثة ، لأن الوصية بالدراهم المرسلة تنفذ من الثلث مقدما على حق الوارث ، وفريضة الثلث ثلاثة ، فيكون للموصي له سهم ، ولكل ابن سهم ، والابن المدين مستوف حقه مما عليه فلا يزاحم الموصى له والابن الآخر فيسقط سهمه ، ويقسم النقد بين الموصى له ، والابن الآخر على سهمين فيكون للموصي له مائة هى تمام وصيته ، وللابن غير المدين مائة ، واذ أخذ مائة تبين أن الابن المدين مستوف مثل ذلك ، لأن حق الاثنين فى التركة سواء ، فتكون التركة حينئذ ثلثمائة كلها مال حاضرا ولو كان الدين أكثر من مائة فالحكم لا يتغير فى اعتبار الثلثمائة تركة حاضرة ، ولكن كلما استخلص من الابن المدين أخذه الابن الثاني من ماله حتى يستوفي حقه ، ولو كان الدين أقل من مائة اعتبر مالا حاضرا ، وأخذ الموصى له وصيته على وفقه ، والباقي يكون بين الابنين مع المقاصة فيها عند الدين ، وان كانت الوصية بأقل من مائة أخذها الموصى له من سهم الثلث والباقي من النقد مع الدين تركة بين الابنين مع المقاصة في الدين .

٢ - وان كانت الوصية بمعين ،وكان يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له كله . وان كان لا يخرج من ثلث الحاضر من التركة ،استحق منه بقدر ثلث الحاضر من التركة ،والباقي للورثة وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه ،حتى يستوفي وصيته مادة (٤٣) .

والأحكام في هذه المادة من مذهب الحنفية ،الا في حالة الموص به المعين ،فان الحكم فيه يؤخذ مما ذكره الباجي في مذهب المالكية .

٣ - وان كانت الوصية بسهم شائع في التركة كالوصية بربع ماله استحق الموصى له سهمه فيها ،سواء أكانت كلها حاضرة ،أم غائبة أم بعضها حاضر وبعضها غائب ،فهو شريك الورثة بسهمه في الحاضر والغائب أخذا من مذهب الحنفية (مادة ٤٤) .

مثال ذلك : اذا أوصي بربع تركته ،وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وخلف نقدا فالفريضة من ثمانية ،للموصى له سهمان ،ولكل ابن ثلاثة أسهم ، تسقط سهام الابن المدين ،ويقسم النقد على خمسة أسهم للموصى له أربعون ،وللابن غير المدين ستون ،واذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفيا مثلها ،فتكون التركة الحاضره مائة وستين ،نفذت الوصية فى ربعها ،الى أن يتيسر باقي الدين فيمسك المدين تمام حقه وهو خمسة وسبعون ،ويؤدى خمسة وعشرين للموصى له والابن غير المدين تقسم بينهما بنسبة سهامها ،وبذلك للموصى له خمسون تمام وصيته وللابن خمسة وسبعون تمام حقه ،وباقي الأمثلة يمكن تخريجها قياسا على ما سبق .

٤ - وان كانت الوصية بسهم شائع في نوع من المال كالوصية بربع أطيانه أو منازله التى بالجهة الفلانية أو بربع أمواله في التجارة، أو ديونه التى على التجار أو غير ذلك ،فاذا كان هذا النوع كله حاضرا أخذ الموصى له سهمه فيه ،وان كان غائبا أو دينا أخذ سهمه مما يحضر منه ،وان كان بعضه حاضرا وبعضه غائبا أو دينا أخذ سهمه في الحاضر ،وكلما حضر شئ من الغائب أو الدين أخذ سهمه فيه ولكنه في جميع هذه الصورلا يستحق شيئا مما ذكر الا اذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة والا أخذ بقدر الثلث فقط ،وكلما حضر شئ منها أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة، حتى يستوفي سهمه منه (أخذا من مذهب الحنابلة) ،واذا كان الباقي من النوع قد قسم على الورثة ،وكان فى رد بعضه للموصى له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسينا أو زيادة فانه لا يرد منه شئ ويستوفي الموصى له باقي وصيته مما يحضر من دين التركة أو الغائب منها أخذا من مذهب الحنفية والقاعدة التى ذكروها " الضرر يزال ، (مادة ٤٥) .

مثال ذلك : ترك مائة نقدا وعقارا قيمته مائة ،ومائة على أحد الابنين وأوصى لآخر بثلاثة أرباع النقد ،فالوصية هنا لا تخرج من ثلث الحاضر من التركة ،وتصحح المسألة من ثلاثة ،للموصى له سهم ،ولكل ابن سهم ،والمائة النقد بين الموصى له والابن غير المدين ،للموصى له منها ستة وستون وثلثان ،وهو ثلث التركة الحاضره من العقار والنقد ،وللابن غير المدين ثلاثة وثلاثون وثلث ،وبهذا يتبين أن المدين استوفي مثل ذلك لعدم

التفاضل بين الابنين ، وما جعل مستوفيا له يعتبر تركة حاضرة ، فتصير به التركة الحاضرة مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثا ، للموصى له خمسة وسبعون كمال وصيته لأنها تخرج من ثلث الحاضر ، وللابن غير المدين خمسة وعشرون ونصف العقار ، ويمسك النصف الآخر وهو حصة المدين ، حتى يؤدى ما عليه له في الدين ، وهو سبعة وثلاثون ونصف .

ب - واذا كان في التركة دين على وارث .

١ - فان كان مؤجلا كان حكمه حكم الدين الذى على الأجنبي في جميع الأحوال المار ذكرها .

٢ - وان كان حالا ، وكان من جنس الحاضر من التركة أو بعضها ففي جميع الأحوال المارة أيضا تقع المقاصة في الدين بقدر سهام المدين ، ويعتبر ما يقابل سهامه من الدين مالا حاضرا ، وطريقة الحساب في هذا نصحح الفريضة على وجه تخرج منه الوصية وسهام التركة ، ثم تسقط سهام الوارث المدين ، ونقسم ما كان من جنس الدين في التركة على سهام الموصى له ، والوارث غير المدين ، والمدين يستوفي سهامه مما عليه من الدين ان كان دينه مثل سهامه أو أكثر ، ويعتبر ما استوفاه مالا حاضرا ، وان كان دينه أقل اعتبر مالا حاضرا يضم على جنسه في التركة وتستخرج الوصية على حسابه .

وان كان الدين الحال على الوارث من غير جنس الحاضر من التركة يقسم الحاضر من التركة على سهام الموصى له وجميع

الورثة بعد تصحيح المسألة ويعتبر الدين مالا حاضرا ان كان قدر حصة المدين أو أقل ،وان كان أكثر كان الزائد كالدين على الأجنبي ،وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة والدين ولا تسلم حصة المدين في الحاضر حتى يؤدى قدرها من الدين فان لم يؤد باعها القاضي ،ووفى الدين منها ،فاذا خلف ابنين وله على أحدهما الف ،وترك عقارا قيمته ألفان ، وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصي له والابنين أثلاثا ولكن نصيب الابن المدين يوقف في يد الموصى له والابن غير المدين ،بمنزلة المرهون في يد المرتهن لما لهما عليه من الدين ،فاذا أدى اليهما ثلثي ما عنده من الدين اقتسماه وسلم له ثلث العقار الموقوف ،والا رفع الأمر الى القاضي ليبيع حصته في العقار لايفاء ما عليه من الدين ماده(٤٦) ، وجميع الأحكام في هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية (١) .

....

(١) المصدر السابق .

المبحث الثالث

الوصية بالمال عند حدوث تغيير أو زيادة في العين الموصى بها

اذا أحدث الموصي تغييرا في العين الموصى بها أو زيادة فيها فقد يترتب على ذلك اشتراك الورثة مع الموصي له في الموصى به بعد الزيادة ، وقد لا يترتب عليه اشتراكه معهم ولكن تلحق الزيادة بالموصي به ، كما أنه قد يترتب على ذلك أن يتسلم الموصى له الموصي به ، وأن يتسلم الورثة مازاد على الموصى به ، وبيان ذلك في الأحوال الآتية :

الحالة الأولى : تغيير العين الموصى بها والزيادة فيها .

اذا قام الموصي بتغيير معالم العين الموصى بها ، كأن تكون دارا فقام بهدم بعض حوائطها التى بين حجراتها لتكون أوسع أو قام بزيادة في حجراتها بقسمة حجرة كبيرة الى حجرتين مثلا أو فتح فيها أبوابا ونوافذ جديدة ، فان العين فى هذه الحالة التى آلت اليها بعد التغيير تخص الموصى له وحده ولا يشاركه أحد من الورثة .

كذلك يختص الموصى له بهذه العين الموصى بها له فيما لوقام الموصي بزيادة عمارة شئ فيها مما لا يمكن تسليمها بدونه بحيث لو انفصل عنها لم يكن له قيمة تذكر كالمرمة والتجصيص والطلاء ، والزخرفة وكشق المراوى والمصارف في الأراضي الزراعية ، فان العين بما لحقها من زيادة تكون للموصى له وحده وليس للورثة أن يطالبوه

بنفقات ما أحدث فيها الموصي من زيادة ،وذلك لأنه فى حالتى التغيير والزيادة - وان كان من الممكن أن تزيد قيمة العين الموصي بها الا أن ماجرى عليها من تغيير أو زيادة لم يقصد به سوى تحسين وصيانة لها ،وزيادة فى الانتفاع بها ، وعلاوة على ذلك فانه ليس فى شيء من هذا تغيير جوهرى بالعين ،فهي لم تزل على حالها التى هي عليها ،لم يلحقها تغيير، وفوق ذلك فان الزيادة التى لا تستقل بنفسها لا يتصور أن يكون لها مالك آخر غير مالك العين ،وبذلك لا يكون هناك وجه لاشتراك الورثة مع الموصى له في العين بقيمة هذه الزيادة ، وقد أشارت الى ذلك الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون الوصية المصرى بقولها[(١)] : " اذا غير الموصي معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصيه " .

أما ان كانت زيادة الموصي في العين الموصى بها لها صفة مستقلة ولها قيمة لو انفصلت من العين ،فاما أن يمكن تسليم العين بدونها ،أو لا يمكن تسليم العين الا بها ،فان كان يمكن تسليم العين بدونها . كآلات الزراعة والرى والحرث ، والحصاد فان الموصي له ينفرد بالعين وحدها وتكون هذه الزيادة ملكا للورثة تسلم اليهم .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص٢٨٧ ، وأحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٢٢١ ومابعدها ، والوصية للأستاذ البرديسي ص١٠٢ ومابعدها .

وان كان لا يمكن تسليم الموصى به بدونها كالغراس والبناء ، كأن يبني طابقا فوق الطابق الموجود ، أو يزرع فيها أشجارا ونخيلا فالحكم في هذه الزيادة أنها لا تدخل ضمن الوصية ولكن تكون ملكا للورثة ، ولا يصح تكليفهم بنزعها تفريغا لملك الموصى له ، وذلك أن التكليف بالهدم والقلع انما هو جزاء العدوان واحداث الزيادة لم يكن عدوانا بل هو تصرف من الموصي الذى هو المالك فيما يملكه .

ومن أجل ذلك فان الورثة تشارك الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة ، وتكون معرفة قيمتها بتقديم العين خالية منها ، وتقويمها بها ، ثم ما يكون من فرق بين القيمتين فهو قيمة الزيادة قائمة ، وكما يشارك الورثة الموصى له في العين كلها ، بقيمة الزيادة ، فانهم يشتركون في الغلة بنسبة نصيبهم ، والى ذلك فقد أشارت المادة (٧١)[1] من قانون الوصية المصرى بقولها :
" اذا غير الموصي معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئا مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصيه ، وان كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة هذه الزيادة قائمة .

---

(١) المصادر السابقه .

الحالة الثانية : هدم بناء العين الموصى بها ، ثم اعادة بنائها .

اذا قام الموصي بهدم الدار الموصى بها مثلا ثم قام باعادة بنائها ، ففي هذه الحالة ننظر ، فان أعاد بناءها على نفس ما كانت عليه من المساحه والهيئة العامة التى كانت عليها قبل الهدم ، كانت العين ببنائها الجديد وصية يتملكها الموصى له وحده سواء كانت باقية على معالمها عند تجديدها أم كانت قد تغيرت معالمها ، كأن بناها بالحجر بعد أن كانت مبنية بالآجر ، أو بناها بالمسلح بعد أن كانت مبنية بالحجر ، أو زاد في عدد حجراتها أو نقص منها ، وذلك لأن عمل الموصي هذا يعد فى العرف اعادة لما هدم وتجديدا له ، فهو كالمرمة سواء بسواء .

أما اذا أعاد بناء الدار على كيفية أخرى غير التى كانت عليه فى السابق قبل الهدم ، بأن كانت العين الموصى بها سكنا خاصا فهدمها وأقام مكانها مصنعا ، أو عمارة سكنية ، فان هذا البناء الجديد يعد شيئا أخر غير الذى أوصى به فلا وجه لادخاله في الوصية ، بل يكون ملكا للورثة ، وأما الأرض فتبقي في ملك الموصى له ، لكنه نظرا لعدم امكان فصل البناء عن الأرض بدون حدوث تغيير في هيئته وقيمته ، كان لابد من اشتراك الورثة بقيمته مع الموصى له في العين كلها ، والقيمة التى يشتركون بها هي قيمة البناء قائما لا قيمته مهدوما ، اذ هم غير مكلفين بالهدم لعدم عدوانهم .

أما اذا هدم الموصي الدار الموصى بها ثم أعاد بناءها على مساحة أكبر ، بأن ضم اليها أرضا أخرى ، وبنى عليها جميعها ،

ففي هذه الحالة ،ينحصر حق الموصى له في المساحة الأولى فقط ،وما حدث من بناء فلا يدخل في الوصية ،بل يكون ملكا للورثة ،ولأنه لما لم يمكن فصله بدون أضرار تعود على الورثة نتيجة لذلك ،فان الموصى له يشترك مع الورثة فى ملكية العين كلها بقيمة الأرض الأولى التى هي حقه ،فيشتركون في غلة العين بنسبة حصة كل منهم ،وقد جاء حكم ذلك فى المادتين "٧٢" و"٧٣" من قانون الوصية المصرى .

فقد نصت المادة (٧٢)[1] منه على أنه : " اذا هدم الموصي العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولي ،ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصيه .

وان أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين " كما نصت المادة (٧٣)[2] منه على أنه : " اذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الأرض الى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه " .

الحالة الثالثة : الزيادة المتسامح فيها وغير المتسامح فيها :-

تبين لنا فيما تقدم أن الموصي اذا زاد فى العين الموصى بها زيادة تستقل بنفسها كالبناء والغراس فانها لا تدخل في الوصية ،وانما يشارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) الوصية : للأستاذ البرديسي ص ١٨٥ ،وشرح قانون الوصية ص ٢٨٧ .

قائمة " كما ورد بيان ذلك في المادة (٧١) من القانون غير أنه استثنى من ذلك ما اذا كانت هذه الزيادة مما يتسامح فيها عادة كبناء مكان للسيارة في فناء المنزل ،أو غرس أشجار قليلة في حديقة المنزل مثلا ،فقد قرر أن مثل هذه الزيادة في العين الموصى بها تدخل في الوصية ، وتكون العين كلها للموصي له ،كما استثنى ايضا من أحكام الهدم الواردة في المادتين (٧٢، ٧٣) ما اذا كان تغيير هيئة البناء مما يتسامح فيه عادة ،كما لو أعاد بناء الدار بشرفات بعد أن لم تكن موجودة ، أو كانت الأرض التى ضمها الى الأرض الأولي مما يتسامح فيه عادة ،كما لو زاد في مساحة الأرض مترا أو مترين ،وقد كانت قبل خمسين مترا ،أو زاد فيها ثلاثين مترا وكانت قبل ذلك سبعين مترا ،فان العين كلها بما لحق بها من زيادة تكون وصيه .

ولو كانت الزيادة في الحالات السابقة مما لا يتسامح فيه عادة لكن وجد ما يدل على أن الموصي قصد الحاقها بها ،فانها تدخل تحت الوصية كذلك .

فلو أوصى لأحد أولاده بدار من طابقين ،فشرع الموصى له في الزواج فأقام أبوه طابقا ثالثا ،فهذا يدل على أنه قصد الحاقه بالوصية ،ليسكن فيه مع زوجته .

وقد أوردت هذه الاستثناءات المادة (٧٤)(١) من القانون بقولها " استثناء من أحكام المواد (٧١) فقرة ثانية ،و (٧٢) فقرة ثانية

---

(١) انظر : المصادر السابقة. وانظر: الوصية للبرديسي ص ١٨٥

و (٧٣) اذا كان ما دفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التى لا يتسامح فيها اذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد الحاقها بها ".

الحالة الرابعة : ادماج بناء العين الموصي بها مع بناء آخر :

نصت المادة [1] (٧٥) من قانون الوصية المصرى على أنه : " اذا جعل الموصي من بناء العين الموصي بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصي به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته ".

وقد أورد القانون هذه الحالة في المادة السابقة ،لأنها ليست فى الحقيقة من حالات الزيادة في الموصي به ،ولكنها شبيهة بها في الصورة والحكم .

وصورتها [2] : أن يكون لشخص داران متجاورتان كل منهما شقة واحده ، فيوصي باحداهما لأحد أولاده ،وبعد الوصية يقوم بادماجهما معا وجعلهما دارا واحده ذات شقتين ،ويقوم بسداد البابين ،ويجعل للدار باباواحدا ،فعند وفاته ليس من حق الموصي له اعادة الحال الى ماكانت عليه ،بحجة أن حقه في البناء الأول على الاستقلال ،لأنه لا يستحق بمقتضي الوصية الا حصة شائعة في العين كلها تساوي قيمة العين التى كان قد أوصى له بها .

(١) المصادر السابقة ،وانظر: احكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ٢٢٦ . (٢) المصادر نفسها .

الفصل الثانــي

الوصية بالمنافــع

وفيه مباحث : **المبحث الأولــــ**

الوصيـة بالمنافــع[1]

وفيه مطالـب : **المطلب الأولــ**

فى مدلول كلمة " المنافع "

كلمة المنافع يختلف مدلولها عند الفقهاء ..

* فمنهم من يرى أنها لا تدل عند الاطلاق الا على الأعراض التى تقــوم بالأعيان كسكنى الدار ، وركوب الدابة ، والخدمة ونحو ذلك ، وان اطلاقها على غيرها من ثمرات الأعيان انما هو بطريق المجاز متى وجد قرينــة تدل على ذلك وذلك كالزرع والأجرة والثمر والكسب ، وقد قال بذلــك الشافعية في القول المعتمد[2] عندهم .

* ومنهم من يرى[3] أنها تطلق على ثمرات الأعيان ، سواء أكانت أعراضا

---

(١) النفع كالمنع ، والاسم المنفعة والنفاع والنفيعة " والنفع الخير ، وهــو: " ما يتوصل به الانسان الى مطلوبه ، يقال ينفعني نفعا ونفيعة فهـو نافع وانتفعت بالشئ ونفعنى الله به . انظر : القاموس المحيط مـادة (النفع) فى ٣ / ٨٩ ، وانظر : المصباح المنير ٢ / ٦١٨ مادة (النفع) .

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٦ / ٥٠ ، ٨٣ ، وانظر: مغنى المحتاج ٣ / ٤٥ ، ٦٥ وانظر: أحكام الوصايا للاستاذ شلبى ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

(٣) انظر : المصادر السابقة ، وانظر: المغني مع الشرح ٦ / ٤٧٧ ، وانظــر: المدونة ١٥ فى مواضع متفرقة من الوصايا . وانظر: رد المحتار ٦ / ٦٩٢ ومابعدها . وانظر: الكافي ٢ / ٤٨١ .

أم أعيانا متولدة منها كالثمر والزرع ،أو غير متولدة منها كأجـــــرة الأرض وكسب الانسان مثلا ،وهو قول لبعض الشافعية ،كما هو مذهب الحنفية ،فقد دأبت كتبهم على التمثيل للمنافع بالخدمة والسكــــــنى والغلة ،وهى كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها ،وأجرة الغـــلام ونحو ذلك ،فيدخل ثمن الشجر غير المثمر ،كالحور والصفصـــــاف كما يقول صاحب الدر المختار ،وقد قال بذلك أيضا المالكيـــة والحنابلة ،وقد اختار قانون الوصية المصري من هذين الرأيين الرأى الثاني .

كما صرحت بذلك مذكرته التفسيرية[1] : حيث نصت على أن المـــراد بالمنافع : " ما يشمل المنافع المحضة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض ، أو بدلها كأجرة الدار والأرض ،أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر وهو رأى فقهاء الحنابلة في المنفعة " .

الا أنها لم تقف بالمنافع عند هذا المعنى الواسع ،بل تجاوزتـــه فجعلت الوصية بالمنافع شاملة للوصية بحقوق الارتفاق ،وحق التعلـــي والوصية بقدر من المال يدفع شهريا مثلا من غلة أرضه ،والوصيـة بـــأن تباع أرضه لشخص مسمى بثمن معين ،أو بالتأجير له كذلك ،أو بالاقراض أو بقسمة التركة على وجـه معين " .

وهذا التعميم الأخير من القانون فيه نظر ،ولذلك لم يسلم مـــن توجيه الانتقاد اليه ،فقد قال فيه[2] الشيخ أبو زهرة ،بعد أن ذكـــره : " وفى جعل هذين ـ أى الوصية ببيع عين ،والوصية بتقسيـــم التركة ـ من المنافع ،نظر ،ولـذلك جعلنا كل واحد منهما قسمـــا

---

(١) انظر : أحكام الوصايا للاستاذ شلبى ص ١٨٠ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٤٢ .

بذاته ،ولم نجعله من المنافع ،ويقول الاستاذ[1] محمد شلبي في نقده لهذا التعميم : " وهذا التعميم الأخير ليس كما ينبغي ،لأنه ان أريد به أن هذه الأشياء الموصى بها داخلة في حد المنافع فغير مسلم ،لأن منها أشياء ليست ثمرة للمال كبيع هذه العين أو تأجيرها لفلان ،أو قسمة التركة ،وان أريد به أن هذه الوصايا هي منافع للموصى لهم فلا وجه لقصرها على هذه الأشياء ،بل ان الوصية بالأعيان فيها منافع للموصى لهم ،ثم يمضي في نقده ليبين أن هذا الشمول في مسلك القانون نفسه غير مسلم به ،فيقول : " ومع هذا ،فان هذا الشمول غير مسلم حتى في مسلك القانون نفسه ،لأنه جعل للوصية بالمنافع فصلا ،وللوصية بالمرتبات فصلا آخر وللوصية بالحقوق والاقراض وتقسيم أعيان التركة مواد أخرى ،وهي المواد ١١ ،١٢ ،١٣ ،ولم يذكر في فصل الوصية بالمنافع غير الوصية ببيع عين من التركة أو تأجيرها جاء حكمها بالمادة ٥٦ .... " .

وأرى أن التعريف الشامل الذى أختاره تعريفا لمدلول كلمة المنافع ويتفق مع ما ذهب اليه أصحاب الرأي الثاني ،من غير أن يتوجه اليه مثلما توجه الى تعريف المذكرة التفسيرية للقانون لما يراد بالمنافع من انتقاد هو ما ذكره الاستاذ المرحوم الشيخ احمد ابراهيم بك ،فقد عرف المنافع تعريفا حسنا هذا نصه[2] : " المراد بالمنافع ثمرات الأعيان المالية ،وما يستفاد منها بحسب ما هي مهيأة له خلقا أو وضعا أو جعلا سواء أكانت تلك الثمرات أعيانا مادية متولدة من الأصل ،أم غير

---

(١) انظر : أحكام الوصايا ص ١٨٠ ، ١٨١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٤٢ .

متولدة ،أم كانت أعراضا قائمة بتلك الأعيان ،والثمرات المتولدة تشمل الأشجار على اختلاف أنواعها ،والمحصولات الزراعية ،وغير المتولدة تشمل الأجور التى تعطي في مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان ،واستعمالها كأجرة الأرض الزراعية ،والدور ،والمراد بالأعراض الصفات اللازمة للأعيان التى تكون بها صالحة للانتفاع ،كصلاحية الدواب للركوب والحمل ،والجر ،والدور للسكنى " .

... ...

المطلب الثانـــى

حكم الوصية بالمنافـــع

الوصية بالمنافع جائزة باتفاق الأئمة الأربعة[1]، ومعهم جمهور فقهاء المسلمين، ولم يعرف في هذا مخالف الا ابن ابي ليلي وابن شبرمـــة وأهل الظاهر، وفي ذلك يقول ابن رشد[2]: " واختلفوا في المنافـــع فقال جمهور فقهاء الأمصار ذلك جائز، وقال ابن أبي ليلي وابن شبرمة[3] وأهل الظاهر[4] الوصية بالمنافع باطلة .... " .

الأدلـــة والمناقشـــة :

أولا : استدل المانعون من الوصية بالمنافع بدليلين : -

الأول : أن في الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث، وذلك لأن نفاذ الوصية انما يعتبر بعد موت الموصي، فتحدث المنافـــع على ملك الورثة، لأن الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبـــة

---

(١) انظر: المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٧، وانظر المبسوط ٢٧/ ١٨١ .
وانظر : الفتاوى الهندية ٦/ ١٠٧ .

(٢) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/ ٣٢٩ .

(٣) هو أبو شبرمه عبد الله بن شبرمه . تابعي . من فقهاء الكوفة . ولد سنة ٧٢ هـ، وأخذ عن الشعبي، قال حماد بن زيد : " مارأيت كوفيا أفقــه من ابن شبرمة، وقال ابن شبرمة عن نفسه : " اذا اجتمعت أنـــا والحارث يعني العكلي على مسألة لم نبال من خالفنا " .
توفى سنة ١٤٤ هـ . طبقات الفقهاء ص ٨٤ .

(٤) انظر: المصادر السابقة، وانظر: المحلى لابن حزم ٩/ ٣٩٣ ومـــا بعدها .

فكان في الوصية به وصية بمال الورثة ،فلا يصح[1] .

ونوقش هذا الدليل[2] : بأن الموصي لما أفرد ملك المنفعة بالوصية ،فقد جعله مقصودا بالتمليك ،ومن ثم فقد أصبح غير تابع لملك الرقبة ،فلا يكون في الوصية به وصية بمال الوارث ، على أنه يلاحظ بأن الشارع قد أبقي ما يحتاج اليه الموصي بعد موته ،على ملكه حتى تقضى حاجته ،كما في الدين فانه يبقي من ماله على ملكه مقدار ما يوفي ديونه .

الثاني : أن الوصية بالمنافع في معنى الاعارة،اذ الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض ،فكذلك الوصية بالمنفعة ، والعارية تبطل بموت المعير ،فلما كان للموت أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته ،فلأن يكون مانعا من الصحة عند انشائه من باب أولي ،لأن المنع أسهل من الرفع[3] .

ونوقش هذا الدليل : بأن قياس الوصية على الاعارة في الابطال بالموت قياس مع الفارق ،وذلك أن المعير جعل ملك المنفعة مقصودا بالتمليك ،في الحال لا بعد الموت ،لأنه انما يعار الشيء للانتفاع به في حال الحياة عادة ،لا بعد الموت ،فينتفي العقد بالموت .

وأما الموصي ،فانه قد جعل ملك المنفعة مقصودا بعد الموت، فلا تبطل به ،ونظير ذلك ،التوكيل حال الحياة والتوكيل بعد الوفاة بطريق الايصاء ،فان كلا منهما إنابة للغير،الا أن الأول

---

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٤٨٨٧/١٠ .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

انابة حال الحياة فينتهي بموت الموكل ، والايصاء ، توكيل وانابة بعد الوفاة ، فلا ينعزل الوصي بموت الموصي[١] .

ثانيا : واستدل الجمهور على صحة الوصية بالمنافع ، بأن الوصية يتوسع فيها مالا يتوسع في غيرها من العقود ، وقد جازت الاعارة فى الحياة ، فتجوز الوصية وتنفذ بعد الوفاة ، وبأن ملك المنفعة وملك العين ليست الملازمة بينهما تامة بحيث لا تقبل الافتراق ، اذ لا دليل على هذه الملازمة ، فان العين عندما ملكها الوارث قد ورثها ، وقد تعلق بها حق الموصى له في الانتفاع ، فكلاهما قد تلقي الملك فيما خصص له بالخلافة ، فالوارث بالخلافة الأصلية الاجبارية ، والموصي له بالخلافة الاختيارية ووقتهما واحد ولا مرجح لأحدهما على الآخر ، مادام الموصي لم يتجاوز ما حد له الشارع وهو الثلث .

كما أن الموصي له الحرية فيما ملكه حال الحياة ، وفيما جعله له الشارع بعد الوفاة ، وقد جعل له حق التصرف بعد الوفاة في ثلث ماله ، فيجوز له أن يملك المنفعة ، لأن من ملك الأكثر ملك الأقل ، وله الولاية في الثلث كامله ، كما له الولاية في حال الحياة كاملة ، وقد جازت منه الاعارة حال الحياة ، فتجوز منه الوصية بعد الوفاة[٢] .

---

(١) انظر : المراجع السابقة ، وانظر: أحكام الوصايا للاستاذ شلبى ١٨٢

(٢) المصادر السابقة ، وانظر: شرح قانون الوصية ١٤٣/ ١٤٤ .

وبالموازنة بين هذين الرأيين ودليليهما ،فانه يترجح لنا القول بصحة الوصية بالمنافع ،وهو ما سار عليه قانون الوصية المصرى ،فقد صحح الوصية بمنافع العين كلها أو بعضها ،كما قال بصحتها سواء كانت من مالك العين ،ومنفعتها معا ،أوكانت من مالك المنفعة فقط ،كالمستأجر الذى يوصي بمنفعة العين التى يملك منفعتها مدة الاجارة[1].

... ...

---

(١) انظر: شرح قانون الوصية ص ١٤٢/ ١٤٣ .

المطلب الثالث

تقدير المنفعة الموصى بها

اختلف الفقهاء في تقدير المنفعة الموصي بها .

فالذى ذهب اليه فقهاء الحنفية أن تقدير المنفعة الموصى بها يكون بتقدير العين المنتفع بها نفسها ،فان خرجت العين من ثلث التركة نفذت ،وان لم تخرج من ثلث التركة ،توقف نفاذ ما زاد على الثلث على اجازة الورثة ،من غير فرق عندهم في كون الوصية مؤبدة أو مؤقته بمده ،طال الوقت أم قصر .

وقد عللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع لشخص حبس لها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها ،لأن المقصود من الأعيان منافعها ، والموصي لا يملك حبس الأعيان عن ورثته الا في حدود ثلث التركة ، فاذا صارت العين لشخص والمنفعة مستحقة لآخر ،أصبحت العين بالنسبة لمالكها بمنزلة العين التى لا فائدة فيها ،فصارت الوصية بالمنفعة كأنها وصية بالعين ذاتها ،فتقدر المنفعة بها[1] .

وهذا التعليل غير مسلم به على اطلاقه ،لأنه ان سلم لهم في حالة ما اذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة ،فلا يسلم لهم به في حالة ما اذا كانت محددة بمدة معلومة ،خصوصا وأن دعوى تمليك المنفعة عاما أو عامين يجعل العين لا قيمة لها دعوى ليس لها قائل .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤٨٨٨/١٠ ،وانظر: رد المحتار ٦٩٢/٦ ، وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبى ص ١٩٥ ،وانظر: الفتاوى الهندية ١٢٢/٦ .

ولذلك نجد أن الاستاذ شلبى بعدما ساق هذه المناقشة رأى أن التعليل الذى يتفق مع رأيهم هذا هو أن يقال : " بأن المنافع ليست أموالا فلا تقوم الا في ضمن عقد معاوضة كعقد الاجارة ، والوصية ليست عقد معاوضة حتى تقوم فيها المنافع وحدها ،لو قالوا ذلك لاستقام مع أصلهم في المنافع وان لم يسلم لهم هناك[1] .

أما الحنابلة[2] فقد فرقوا بين الوصية بمدة مقدرة معلومة ،وبين التى لم تعلم مدتها ،فجعلوا التقدير في الأولى للمنفعة فقط،وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها في تلك المدة ،ثم تقوم وحدها بدون المنفعة فيها والفرق بينهما هو قيمة المنفعة ،وهو مقدار الوصية .

أما الوصية التى لم تعلم مدتها سواء كانت مؤبدة أم مطلقة أم مقيدة بمدة مجهولة كحياة الموصي له مثلا ،ففي تقديرها وجهان :

أحدهما : أنها تقدر بمجموع الرقبة والمنفعة ،لأن تمليك المنفعة على هذه الصوره يجعل العين لا قيمة لها فى نظر الناس غالبا ، ولأن تقدير المنفعة وحدها حينئذ متعذر .

وثانيهما : أنها تقدر بقيمة المنفعة وحدها ،بأن تقوم العين بمنفعتها ثم تقوم العين مسلوبة المنفعة كما جاء بالوصية ،والفرق بينهما هو قيمة الوصية ،فاذا قومت العين بمنفعتها بمائة وبدون المنفعة بعشره ،تكون قيمة المنفعة تسعين .

وفى ذلك يقول ابن قدامة[3] فى المغني : " اذا ثبت هذا فمتى أريد

---

(١) أنظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبى ص ١٩٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ،وانظر: المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٧، ٤٧٨ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٨ .

تقويمها ،فان كانت الوصية مقيدة بمدة ،قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظركم قيمتها ،وان كانت الوصية مطلقة في الزمان كله ،فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا ،ويعتبر خروجهما من الثلث ،لأن عبدا لا منفعة له ،وشجرا لا ثمر له،لا قيمة له غالبا ،وقيل تقوم الرقبة على الورثة ،والمنفعة على الموصى له ،وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فاذا قيل قيمته مائه قيل كم قيمته لا منفعة فيه ؟ فاذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون "

وقد وافق فقهاء الشافعية فقهاء الحنابلة في هذا التفصيل في حالة ما اذا كانت الوصية بمنافع العين كلها كغلة الأرض والدار ،أو منافعها ،فقد ورد فى نهاية المحتاج[(1)] : " والأصح أنه تعتبر قيمة العبد كلها أى مع منفعته من الثلث ان أوصى بمنفعته أبدا أو مدة مجهولة ... وان أوصى بها مدة معلومة قوم بمنفعته ثم قوم مسلوبها تلك المدة ... " .

وخالفوهم في حالة ما اذا كان الموصي به بعض منافع العين ،كما لو أوصى لشخص بألبان بقرة مثلا ،فانه في هذه الحالة تقدر المنفعة وحدها ،بأن تقوم الأعيان بمنافعها كلها ،ثم تقوم بغير المنفعة الموصي بها ،والفرق بينهما هو قيمة الوصية سواء كانت مؤبدة أو مطلقة، أو محددة المدة معلومة كانت أو مجهولة . وفى ذلك فقد جاء فى نهاية المحتاج[(2)] : " والكلام فى الوصية بجميع المنافع ،فلو أوصى له

(1) انظر : نهاية المحتاج ٦/٨٩ .
(2) انظر : احكام الوصايا للاستاذ شلبى ص ١٩٦ ،فقد اقتبسه .

ببعضها كلبن الشاة مثلا توصت بلبنها ،ثم خلية عنه أبـــدا أو الى المدة المعلومة ان ذكرها ،ونظر في التفاوت أيسعه الثلث أم لا " .

وقال الامام مالك ،اذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج مـــن الثلث ،فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث المال ،وكذلك لو أوصى بسكنى داره سنه .

* فقد ورد في المدونة[1] للامام مالك ما نصه : " أرأيت اذا أوصـى رجل لرجل بخدمة عبده سنة وليس له مال غيره ،أو له مال لا يخرج العبد من ثلثه (قال) قال مالك الورثة بالخيار ان أحبـــوا أن يسلموا خدمته سنه ثم يدفع اليهم العبد بعد السنه والا أسلمـــوا اليه ثلث مال الميت بتلا (قال) وكذلك لو أوصى لرجل بسكنى داره سنه (قال) وهذا وخدمة العبد سواء وكذلك قال مالك اما أسلمـوا اليه سكنى داره سنه ،واما اقطعوا له بثلث الميت ... " .

وقد ناقش ابن قدامة[2] ما ذهب اليه مالك بأن الوصية صــــدرت صحيحة فيجب تنفيذها على صفتها ان خرجت من الثلث أو بقـــدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان .

أما قانون الوصية المصري فلم يلتزم مذهبا معينا فقد أخذ بمذهب الحنفية في حالة ما اذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضهـا مؤبدة أو مطلقة ،أو بمدة حياة الموصي له ،أو بمدة معلومة تزيـــد على عشر سنوات ،حيث اعتبر تقدير الوصية بقيمة العين نفسها ،فـإذا

---

(١) انظر : المدونة ١٥/ ٤٦ .

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٨ .

أوصى بمنفعة عقار مطلقا أو على التأبيد أو لمدة احدى عشرة سنة قدرت المنفعة بقيمة العين نفسها ، وذلك لأن احتمال تحقق أمل الورثة في الانتفاع بها بأنفسهم احتمال بعيد ، فكان الورثة بأنفسهم قد نقص منهم ذلك القدر من العين التى أوصى بمنفعتها في الوقت الذى يجب أن يتوافر لهم من التركة ثلثاها على وجه اليقين ، وذلك لأن حق الموصي في الوصايا لا يتجاوز الثلث بيقين ، وحيث ان ذلك لا يتم بغرض تنفيذ الوصية بالمنفعة ، الا اذا تأكدنا من خروج العين من الثلث ، كان النظر عند تقدير المنفعة بقيمة العين نفسها ليكون للورثة ضمان الثلثين لهم ينتفعون بها في الحياة .

واخذ في الجملة بمذهب الشافعية والحنابلة في حالة ما اذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة عشر سنين أو أقل ، حيث اعتبر التقدير بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة ، = أى تقدير المنفعة بأجرة المثل للعين = وذلك لأن أمل الورثة في رجوع العين اليهم في هذه المدة متيقن[1] ، وقد جاء بيان تلك الحالتين في المادة (٦٢)[2] من قانون الوصية ونصها : " اذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها ، وكانت مؤبدة ، أو مطلقة ، أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصي بكل منافعها أو بعضها .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ص١٥٨ ، ومابعدها .
وانظر : الوصية للبرديسي ص ١١٥/١١٦ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ٢٨٥ .

فاذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر[1] سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصي بها في هذه المدة ".

... ...

(1) تقدير المدة بعشر سنين ،انما هو اجتهاد قانوني ،والا فانه ليس موجودا في هذين المذهبين . انظر: أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ١٩٧ .

المطلب الرابع

نفقات العين الموصي بمنفعتها

تقدم لنا عند الكلام على شروط الموصى به أن الوصية بما يجرى فيه الارث ،أو بما يصح أن يكون محلا للتعاقد حال الحياة جائز عند الفقهاء .

وقد ذكروا أن مما يجرى فيه الأرث الوصية بالعين رقبة أو منفعة أو رقبة فقط ،وأن مما يصح أن يكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته الوصية بالمنفعة وحدها . دون الرقبة .

فلو أوصى لشخص برقبة عين ،ولآخر بمنفعتها ،فالوصيتان صحيحتان[1] لكن على من تجب النفقة حال نفاذ الوصية أعلى صاحب الرقبة ،أم على صاحب المنفعة في المسألة ثلاثة أراء[2] : -

الرأى الأول : -

أنها تجب على صاحب المنفعة ،وقد قال بذلك الحنفية ومالك والاصطرخي[3] ،وهو الذى رجحه ابن قدامة في المغني .

---

(١) انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص ٣٥١ ،وشرح قانون الوصية ١٦١ ،وانظر: السراج الوهاج ص ٣٣٧ ،وانظر: مفنى المحتاج ٣/ ٤٥ .

(٢) انظر : المغنى مع الشرح ٦/ ٤٧٩ ، ٤٨٠ ،وانظر : المدونة للامام مالك ١٥/ ٣٢ فقد جاء فيها : "أرأيت نفقة العبد على من هى أعلى المخدم أم على الموصى له برقبة العبد . . . قال أى" مالك "على الذى أخدم ،وانظر : المجموع ١٥/ ١٣٠ .

(٣) هو أبو سعيد الحسن بن احمد الاصطرخي ،ولد سنة ٢٧٤هـ ،وكان ورعا متقللا ،ولي قضاء قم ،كما تولى الحسبة في بغداد ،صنف كتابا ==

الرأى الثاني : -

أنها تجب على صاحب الرقبة ، وقد ذكر الشريف أبو جعفر أنه مذهب أحمد ، كما أنه قول أبي ثور ، وظاهر مذهب الشافعي[1] .

الرأى الثالث : -

أنها تجب في كسبه .

الأدلة والمناقشة : -

أولا : استدل من قال بوجوب النفقة على صاحب الرقبة بأن النفقة على الرقبة ، فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر ، وكما لو لم يكن له منفعة[2] .

ونوقش هذا الدليل : أولا من ناحية القياس على العبد المستأجر بأنه قياس مع الفارق ، ذلك أن نفع المستأجر يعود في الحقيقة على المؤجر ، لأنه هو الذى يأخذ الأجر عوضا عن منافعه .

وأما من ناحية القياس على حالة من لم يكن له منفعه فهذا يرده بأن في ايجاب النفقة على من لا نفع له ، ضرر محض فيصير معنى الوصية أوصيت لفلان بنفع هذا العبد مثلا وأبقيت ضرره على ورثتي ، أو أوصيت بضرره لفلان ، وهذا غير جائز شرعا .

== حسنا في أدب القضاء . توفي سنة ٣٢٨ هـ . انظر : طبقات الفقهاء ص ١١١ .

(١) انظر : تحفة المحتاج ٧/ ٦٤ ، ونهاية المحتاج ٦/ ٦٨ .

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٩ ، ٤٨٠ .

ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفعه[1] .

ونوقش الرأى القائل بوجوب النفقة فى الكسب . بأن الكسب يعتبر من المنافع ،فكان في هذا رجوع الى ايجابها على صاحب المنفعة ،فاذا صرف فى نفقته ،فقد صرف المنفعة الموصى بها الى النفقة ،فصار كما لو صرف اليه شئ من ماله سواه[2] .

وقد استدل من قال بوجوب النفقة على صاحب المنفعة ،وهو الرأى الذى رجحه ابن قدامه وهو الذى أختاره ،استدل لذلك بأن صاحب المنفعة هو المالك لها على التأبيد ،فكانت النفقة عليه كالزوج ،وبأن النفع له ،فكان عليه ضرره ،كالمالك لهما جميعا ،والغرم بالغنم[3]" .

وفى ذلك يقول[4] الشيخ محمد ابو زهرة : " وقد تبين من هذا أن فقهاء أهل الرأي هم الذين يرون أن نفقات العين وضرائبها على المنتفع ،وتبين أنه رأي في مذهب أحمد ،وأنه الأصح ،ووجهه - ابن قدامة - أحسن توجيه " .

وبما أننا انتهينا الى القول بترجيح النفقة على صاحب المنفعة لأنه هو المنتفع بها ،والغرم بالغنم ،فانه لا يفوتنا أن نشير مع ذلك الى أن الفقهاء قد ذكروا بأن وجوب نفقات العين الموصى بها = سواء كانت فيما يتعلق بحفظها وصيانتها

---

(١) انظر : المغنى مع الشرح ٦/٤٧٩ / ٤٨٠ .

(٢) انظر : المغنى مع الشرح ٦ / ٤٧٩ .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

(٤) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٦٤ - بتصرف -

وبقائها ،أو كانت مما يتوقف عليه استيفاؤها أو ما يفرض عليها من ضرائب = قد ذكروا بأن وجوب ذلك على صاحب المنفعة انما يكون في حالة ما اذا كانت العين صالحة للانتفاع ،وتمكن صاحب المنفعة من ذلك مدة انتفاعه بها ،أثمرت العين أو لم تثمر وسواء كان ذلك بسبب منه ،أو بسبب خارج عن ارادته .

وقد رتبوا بناء على ذلك بأنه في حالة اهماله أو امتناعه عن الانفاق عليها أو عن دفع ما عليها من ضرائب مستحقة ،وقيام صاحب الرقبة بذلك ،فانه يصير له الحق في غلة العين ،ويستوفيه منها من قبل صاحب الموصى له بالمنفعة .

أما اذا كانت العين غير صالحة للانتفاع ،كما لو كانت أرضا بورا ، فان نفقات اصلاحها في هذه الحالة ،وما يفرض عليها من ضرائب تكون على صاحب الرقبة ، لأن صاحب المنفعة لا غم له فيها حتى يلتزم بغرم ما تحتاجه من نفقات ،وفيما ذكرنا يقول[1] السرخسي : " واذا أوصى بغلة نخلة أبدا لرجل ولآخر برقبتها ،ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة،لأن بهذه النفقة ينمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شيء من هذه النفقة ،فاذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة ،لأن منفعة ذلك ترجع اليه .... فان حملت عاما ثم أحالت فلم تحمل شيئا فالنفقة على صاحب الغلة ،لأن منفعة ذلك لصاحب الغلة فالأشجار التى من عادتها أن تحمل في سنة ولا تحمل في سنة

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٨/٣/٤ ،وانظر: الفتاوى الهندية ١١٢/٦ .

تكون ثمارها في السنة التى تحمل فيها وجود وأكثر منهـــا اذا كانت تحمل في كل عام وهو نظير الموصى بخدمته ،فانها علـــى الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعا وان كان هو ينام بالليل ولا يخدم .... فان لم ينفق صاحب الغلة وانفق صاحب الرقبـــة عليها حتى تحمل ،فانه يستوفي نفقته من ذلك ،لأنه كان محتاجا الى الانفاق لكيلا يتلف ملكه فلا يكون متبرعا فيه ،ولكنه يستوفـــي النفقة من الثمار وما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلـة " .

... ...

مسلك قانـون الوصيـة المصرى :

أخـذ قـانـون الوصيـة المصرى برأي الحنفية وهو الرأى الذى رجحه ابن قدامة فى المغني ، والذى يقضى بجعل نفقات العين الموصى بهـا على صاحب المنفعة مع ملاحظة كون العين صالحة للانتفاع أو غير صالحة للانتفاع، فقد قرر ذلك في مادتـه (٥٨) والتى نصت[١] على أنه : " اذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فان ما يفرض على العـين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة "

فقد جاءت تلك المادة بتنظيم العلاقة بين الموصى له بالمنفعـه والموصى له بالرقبة ، مبينـة أن النفقات اللازمة لاستيفاء المنفعـة كتسميد الأرض وريها ، ورعاية الدابة وعلفها تكون على الموصي لـه بالمنفعة ، وذلك أن الملك وان كان ثابتا فى الأصل للموصى له بالرقبة وهذا يقتضى وجوب النفقة عليه الا أنه لما كان ممنوعا من الانتفاع بمـا يملك مدة الوصية بالمنفعة ، وكان المنتفع هو الموصى له بالمنفعة فـان النفقة اللازمـة لاستيفاء المنافع تجب عليه دون الموصى له بالرقبـه ليكون الغرم بالغنم ، ولذلك تقدر بنسبة ما تغله العين[٢].

وقد أشارت المذكرة التفسيرية[٣] لقانون الوصية أن ذلك فى حالـة ما اذا كانت العين صالحة للانتفاع حيث نصت على أنـه :

" اذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحـة للانتفاع بها ، أو لم يدفع ما عليها من الضرائب فأنفق صاحب الرقبة

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٤ .

(٢) انظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ١٩٢ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٦٢ .

فيما تحتاج اليه العين من الاصلاح لبقائها عامرة أو دفع ماعليها من الضرائب كان ما دفعه حقا في غلة العين يستوفيه منها قبل الموصي له بالمنفعة " ،ولا يؤثر في وجوب نفقات الاصلاح على الموصى له بالمنفعة عدم انتفاعه بالعين فترة تقع خلال مدة الانتفاع اما لامتناعه عنه رعاية لمصلحته ،كما لو كان يزرع الأرض سنة ويتركها سنة أخرى ليزيد ذلك من محصولها ،أو لسبب خارجي منعه منه، فما دامت العين سلمت اليه صالحة للانتفاع وحازها هو فاما أن ينتفع بها ويدفع النفقات اللازمة لها ،أو يردها الى مالك الرقبة .

أما اذا كانت العين غير صالحة للانتفاع بها أصلا كأن كانت أرضا بورا ، فنفقات اصلاحها تكون على مالك الرقبة ،وهذا ما أشارت اليه المذكرة التفسيرية (1) لقانون الوصية بقولها : " اذا كانت العين غير صالحة للانتفاع بها ،كأن كانت أرضا بورا ،فان نفقة اصلاحها ،وما يفرض عليها من الضرائب يكون على الموصى له بالرقبة ......".

... ...

---

(1) انظر المصدر نفسه .

المطلب الخامس

بيع مالك الرقبة للعين الموصى بمنفعتها

اذا باع مالك الرقبة العين الموصى بمنفعتها ،فاما أن يبيعها للموصى له بالمنفعة أو لغيره .

فان باعها للموصى له بالمنفعة صح البيع ونفذ ،وبطلت الوصية بالاتفاق ،وذلك لأن المشترى ملك المنفعة بملك الرقبة ،فلا معنى لبقاء الوصية[1] .

وانما حصل الخلاف فيما اذا باعها لغير الموصى له بالمنفعة .

* فالذى ذهب اليه الحنفية هو جعل البيع متوقفا على اجازة صاحب المنفعة ،فان أجازه نفذ وبطلت الوصية ،وذلك لتعلق حقه بهذه العين فيتوقف التصرف فيها على اجازته ،فاذا أجاز فقط أسقط حقه[2] .

فى حين يرى غيرهم[3] من الفقهاء أن هذا البيع لا يتوقف نفاذه على

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية ٦/٣٠٩ ،وانظر : الوصية ص ١٢١ .

(٢) انظر : المصدر نفسه .

(٣) ذكر ابن قدامة في المغني أن بيع العين الموصي بمنفعتها فيه مذاهب حيث قال : " فقيل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات ، وقيل يصح بيعه من مالك منفعته دون غيره لأنه يجتمع له ملك المنفعة وملك الرقبة فينتفع بذلك بخلاف غيره ، وقيل يصح له ولغيره وقال بذلك الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى . أنظر: المغني مع الشرح ٦/٤٨٠ ، وفي تحفة المحتاج ٧/٦٥ ، يصح البيع مطلقا اذا لم تؤبد الوصيه، فان أبدت صح له ولغيره .

اجازة الموصى له بالمنفعة ،بل ينفذ وينتقل الملك الى المشترى الجديد مع بقاء حق الموصى له في المنفعة حتى ينتهي حقه ،ثم تعود المنفعة الى مالك الرقبة فيتم ملكه ،وذلك لأن ملك هذه العين ينتقل الى ورثة المالك بعد وفاته ولا يتوقف على رضا الموصى له ،لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال ،فكذلك الشأن في البيع .

وهو ما نرجحه ،وذلك أنه ليس هناك حاجة تدعو الى أخذ اجازته طالما حقه في الانتفاع باق حتى تنتهي مدته أو الى آخر حياته ، ولأن العين أصل ،لكونها قائمة بذاتها دون المنفعة ،فمالك الرقبة مالك للأصل - سواء كان الموصي له أو الورثة - له حق التصرف فيه بكل التصرفات الجائزة شرعا حتى أنه يجوز له أن يقوم وبدون اذنه بما فيه رعاية العين وحفظها ونموها ،وان كان ذلك في مدة انتفاعه بها ،واحتساب نفقات ذلك على ما تغله مقدما على حق المنتفع

وقد أخذ قانون الوصية المصرى بالرأي الثاني فقد نص في مادته (١) الستين على أنه : " يجوز لورثة الموصي بيع نصيبهم في العين الموصي بمنفعتها بغير حاجة الى اجازة الموصي له " .

ومقتضى هذه المادة أن مالك الرقبة له الحق في بيع العين ، لأن ملكيته لها تنتقل بالميراث ،وليست مؤقته بحياته ،فليست خاصة بشخصه ،فيجوز له التصرف فيها بكل التصرفات الجائزة شرعا ،سواء كان ذلك ببيعها كلها أو ببعضها ،للموصي له بالمنفعة أو لغيره فان وقع البيع للموصى له سقطت الوصية بالمنفعة ،وانتهت ،وقد نصت على ذلك المادة (٥٩) من قانون الوصية المصرى

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٤ .

في الفقرة الثانية بقولها[١] : " تسقط الوصية بالمنفعة بشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها .. " وذلك لاجتماع الحقين (ملك المنفعة ،وملك الرقبة) في ذمة الموصى له ،وبه يصير مالكا ملكا تاما ،فيكون له بمقتضي ذلك التصرف بالانتفاع أو بغيره .

واذا وقع البيع لغير الموصى له انتقلت العين الى ملك المشترى بجميع حقوقها عدا حق الموصى له فانه يبقي ،ويستوفيه على ملك المشترى ،أى أن العين تنتقل محملة بحق الانتفاع الثابت بمقتضي الوصية للموصى له .

هذا ولا يفوتنا أن نشير الى أن الموصى له بالرقبة يجوز له بيع حصته دون توقف على اجازة الموصى له بالمنفعة حكمه في ذلك كحكمه ،لأن أيا منهما يملك الرقبة من وقت وفاة الموصي ، ويؤول اليه ملك المنفعة معها عند انتهاء مدة الوصية بالمنفعة .

والقانون وان كان لم ينص على ذلك ،فلأنه قد لاحظ اتحادهما فى الحكم لما ذكرنا ،مما جعل واضع القانون يكتفي بالنص على الحكم في جانب الوارث ،باعتبار أن ملك الرقبة يكون له بحسب الغالب عن النص عليه في جانب الموصي له بالرقبة[٢] .

... ...

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٤ ،وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ١٩٤ .

(٢) المصدران السابقان .

المبحث الثانـــي

الوصيــة بالحقـــوق

وفيه مطالب : المطلب الأولـــــ

تقدير قيمة الحـق(١)

اذا صدرت وصية بحق من الحقوق التى تصح الوصية بها ،فان تقدير الحق الموصي به يكون بتقويم العين محملة بهذا الحق ،ثـم تقويمها مجردة عنه ،ويكون الفرق بين القيمتين هو قيمة الحق وهـــو مقدار الوصية ،فقيمة الحق كحق الشرب(٢) مثلا تقدر بالفرق بين قيمــة العقار محملا بهذا الحق ،وقيمتـه غير محمل بـه ،فاذا كان الفـــرق عشرين جنيها مثلا ،كان هذا الفرق هو قيمة حق الشرب الموصى بـــه وبذلك تكون نسبته الى قيمة التركة عامة ،وعند تزاحم الوصايا يقـــدر بهذا القدر عنـد المحاصة فيها ،من غير فرق بين أن تكون الوصية مؤقتـــه بمــدة أو مطلقة ،غاية الأمر أنها ان كانت مؤقتـه بمدة قدرت العين محملة بالحقوق في هذه المدة ،وان كانت مطلقة قدرت العين محملـة بالحق تحميلا مطلقا عن المدة(٣) .

---

(١) الحق في اللغة : " خلاف الباطل وهو مصدر (حق) الشئ مـــن بابي ضرب وقتل اذا وجب وثبت .. " انظر: المصباح المنير ١٤٣/١ مادة (الحق) وانظر: مختار الصحاح ص ١٤٦ .

(٢) هو النصيب من الماء لسقي المزارع والدواب ،انظر: المصباح المنيــر ٣٠٨/١ ،مادة (الشرب) بالكسر .

(٣) انظر : الوصية للأستاذ البرديسي ص ١٢٦/وانظر : شرح قانـــون الوصية ص ١٥٨ .

وقد جاء قانون الوصية المصرى موافقا لما ذكرناه فقد صرحت المادة (٦٣)[1] منه بأن الوصية اذا كانت بحق من الحقوق قرر بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه ".

... ...

---

(١) انظر : المصدرين السابقين .

المطلب الثاني

الوصية بالخلو

صرح قانون الوصية المصرى بصحة الوصية بالخلو ، فقد نصت المادة (١١) منه على أنه[1] : " تصح الوصية بالخلو " .

وقد اعتمد القانون في صحة هذا الحق كما تقول المذكرة التفسيرية على ما ورد عن بعض متأخرى علماء المالكية ، ومنهم ناصر الدين اللقاني الذى ذكر الخلو وأفتي بصحته .

ومعنى الخلو[2] في هذا المذهب : أن يكون الوقف محتاجا لعمارة أونحوها فيتقدم شخص بماله لبذله في هذا السبيل ، وصرفه على جهة الوقف في المصارف الضرورية اللازمة لبقائه وعمارته على أن يكون له حق البقاء دائما "

وقد ذكروا للخلو ثلاث صور[3] : -

الصورة الأولى : أن يحتاج الوقف الى عمارة ، ولا مال يعمر به ، فيتقدم شخص لعمارته ، ويقدم للناظر من المال ما يعمر به ، فيكون بهذا المال الذى قدمه صاحب خلو ، ويستحق به حقا ثابتا ، سواء أكانت هذه العمارة منشأة بعد أن لم تكن ، أم اصلاحا لمتخرب، أم كانت اقامة بناء مقام المنهدم ، أم كانت تكميلا لعين ناقصة ، وحق هذا الشخص الثابت في بقائه فيها بأجرة تسمي عندهم " حكرا" وان تركها واستأجرها غيره ، كان له بهذه العمارة حق في أجرة العين

---

(١) أنظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

الموقوفة يكافئ ما أنفق .

الصورة الثانية[1] : أن تكون جهة الوقف محتاجه الى المال ،كأن يكون العقار موقوفا على مسجد ،ويحتاج المسجد الى اقامة بنائه أو الى مصابيح أو الى أجرة لاقامة الشعائر فيه ،فيتقدم من يقوم بذلك على أن يكون له الأولوية في اجارة العين الموقوفة عليه ولا يتجاوز ذلك .

والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ،أن المال الذى أنفق في الأولي كان في العين الذى تعلق بها الحق ،فزاد فى غلاتها ، أو أوجد لها غلات لم تكن . فكان له حق مالي متعلق بها ، وله حصة في اجرتها بذلك الاعتبار .

أما في هذه الصورة ،فالاصلاح كان في غير العين المستأجرة ،وهي المسجد ،فلم يكن له في العين المستأجرة جزء يعتبر ملكا له ،ولذا لم يثبت له الا حق الأولوية فى الاجارة .

الصورة الثالثة[2] : أن يدفع شخص مالا للواقف ،على أن يكون له حق الاختصاص بمنفعة العقار الموقوف ،بحيث لا يكون لغيره حق الانتفاع الا عن طريقه ،ويدفع صاحب الخلو أجرة معينة ،وهذه الصورة لا تكون الا مع الواقف قبل انشاء الوقف كما يفهم من أقوال الفقهاء فقد قالوا في تصويرها ،ان الواقف اذا أراد أن يبني محلا للوقف حانوتا ،أو نحوه ،يأتي له اناس يدفعون له نقودا ،على أن يكون لكل شخص مكان من ذلك المحل ،الذى يريد الواقف بناءه ،فاذا قبل منهم تلك النقود كانوا أولي باجارتها ،وصار لهم حق الخلو فيها

---

(١) المصدر السابق .

(٢) " "

وذلك لأنه يكون كأنه باعهم بعض تلك الحصة بما دفعوه له ،وكأنه لم يقف جزءا من تلك الحصة التى اختص بها المستأجر بما دفعه من النقود أولا .

... ...

المطلب الثالث

الوصية بحق من حقوق الارتفاق

صرح قانون الوصية المصري بصحة الوصية بحق من حقوق الارتفاق فقد نصت المادة[1] (١١) منه المشار اليها سابقا على صحة الوصية بالحقوق التى تنتقل بالارث "، وقد بينت[2] المذكرة التفسيرية للقانون المراد من الحقوق التى تنتقل بالارث فقالت : " ان المراد بالحقوق التى تنتقل بالارث حقوق الارتفاق حق الشرب والمجرى والمسيل ونحوها "

وقد اعتمد القانون في صحة الوصية بحقوق الارتفاق على ما ورد فى مذهب الحنفية ،كما صرحت بذلك مذكرته التفسيرية ،وذلك لأنه مما يجرى فيها الارث فتجرى فيها الوصية ،لأنها أخت الميراث ،وقد تستقي أحكامها منه ،فلو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه ،جازت الوصية من الثلث ،لأن الوصية تمليك بعد الموت بدليل أن الموصى له لا يملك الموصى به في حال الحياة ،وانما يملكه بعد الموت ،فأشبه الميراث .

وتصحيح الحنفية تملك حقوق الارتفاق ارثا ووصية راجع لأمرين[3] :

الأول : أن الارث غير موقوف على الملك لا محاله ،بل يثبت فى حق الملك كما يثبت في الملك كخيار العيب .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ص ١٠٧

(٣) انظر : المصدر نفسه ،وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٨١

الثاني : ولأن الملك بالارث يقع تبعا لا قصدا .

وأما جواز الوصية بها ،فلأنها تشبه الارث ، فما يجرى فيه الارث تجرى فيه الوصية .

هذا ولا يفوتنا أن نشير الى أن القانون قد نص على أن الوصية بهذه الحقوق لا تجوز الا تبعا للأرض الموصى بها أو لمالك أرض ينتفع بها ،وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية للقانون فقالت : " وجواز الوصية بحق الشرب والمسيل يؤخذ من مذهب الحنفية ،ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق الا تبعا للأرض الموصى بها ،أو لمالك أرض ينتفع بها " .

ومن هذا البيان يتضح أن الوصية بحقوق العقار تكون تابعة للوصية بالعقار نفسه ،أو وصية لصاحب عقار آخر يمكنه أن ينتفع بذلك الارتفاق ،غير أنه في الصورة الأولى لا تعتبر الوصية وصية بالارتفاق وانما تعتبر وصية بالعقار نفسه ،ولكن يدخل الارتفاق بالتبع ،كما يدخل البناء ،وكل ما يتصل بالأرض اتصال قرار أو من غير قرار عند وقفها ،أو للوصية بها من غير نص عليها أو بنص .

ولهذا فان الذى يفرد بالذكر هو الوصية بالارتفاق نفسه مجردا عن العقار التابع له ،وفي هذه الحال تكون الوصية بانتفاع لصاحب العقار الذى ينتفع به ،وهل يكون له ذلك الارتفاق مادام حيا ،ولا يكون تابعا لعقاره ،كسائر الوصية بالمنافع[1] .

هذا ما صرح به الكاساني بقوله[2]: " ... واذا مات الموصى له

---

(١) شرح قانون الوصية ص ١٠٧

(٢) انظر : المصدر السابق نفسه للشيخ محمد ابوزهرة ،فقد اقتبسه ص١٠٤

تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له ، لأن الشرب ليس بعين مال ، بل حق مالي ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ، ولا تصير ميراثا ، فكذلك الوصية بالشرب ..."

فمن هذا النص يتضح لنا أن الوصية بحقوق الارتفاق عند الكاساني ، من قبيل الوصية بالمنفعة ، ولذلك تنتهي الوصية بها بموت الموصي له ، كما تنتهي الوصية بالمنفعة لشخص بموته ، وهو ما اختاره الشيخ محمد ابو زهرة ، حيث قال :

" وعلى هذا التخريج لا يعد في نظرى ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب أو المسيل مثلا بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل ملك المنفعة الخالص ، وذلك أن ما يملكه ليس حقا مقررا ، لعقاره على العقار الآخر ، بحيث ينتقل مع العقار اذا باعه ، أو وهبه ، أو نحو ذلك بل هو حق شخصي له ينتهي بموته ، ولا ينتقل الى غيره " .

ولعل هذا القول على هذا التخريج كما يقول الشيخ أبو زهرة مبنى على ما قرره بعض الفقهاء بناء على القول بأنه لا يجوز التصرف في حقوق الارتفاق منفردة عن العقار ، وانما جازت الوصية بالانتفاع بها ، على أنه من قبيل تمليك المنفعة ، وان كان[1] يوجد هناك من الفقهاء من يقول بجواز بيع حقوق الارتفاق منفردة ، بناء على العرف ، والعرف يجيز مخالفة القواعد الفقهية ، وعن هذا الرأي يقول الشيخ أبوزهرة :

" ولهذا الرأي معتمد من أصل المذهب ، فهناك رواية تجيز ذلك البيع"

---

(١) المصدر السابق .

المبحث الثالث

الوصية بالمرتبات(1)

وفيه مطالب : **المطلب الأول**

الوصية بمرتب من رأس المال ولمدة معينة

نصت المادة (٦٤)(2) على صحة الوصية بالمرتبات فقالت : " تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينه ، ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، فاذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ، ولم يجز الورثة الزيادة يوقف

---

(1) تعتبر الوصية بالمرتبات في أكثر أحوالها داخلة في عموم الوصية بالمنافع وفي بعض الأحوال تكون الوصية بالمرتب وصية ببعض التركة ، فمن الأول ما اذا كانت الوصية بالمرتب من الغلة ، فانها جزء من غلات بعض الأعيان منتظم ومرتب التوزيع على أوقات الزمان شهرا بعد شهر ، أو سنة بعد سنة على حسب نجوم المرتب وأزمانه .
ومن الثاني ما اذا كانت الوصية بالمرتب من رأس مال التركة ، لا من غلة بعضها ، ففي هذه الحال تكون الوصية من قبيل الوصية بالأعيان لا من قبيل المنافع ، وهذا في القليل لا في الكثير .
والمرتب ، والراتب قدر من المال يعطي في أوقات دورية متساوية في الزمن كشهر أو سنة وكالوصية برطل من الزيت للمسجد الفلاني لأجل اضاءته كل ليلة ، أو بمائة رغيف لفقراء ملجأ معين كل يوم ، ونحو ذلك " .
وقد تكون الوصية بالمرتبات لمدة معلومه ، أو مدى الحياة ، أو على التأبيد لجهة لا يظن انقطاعها كألفي جنيه للحرمين الشريفين، وقد يكون المرتب لمعينين ، أو معرفين بالوصف محصورين أو لغير محصورين ، يظن انقطاعهم أو لا يظن . انظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص٢ ١٧ والوصية بالمرتبات جائزة بوجه عام عند جمهور الفقهاء . المصدر السابق .

(2) المصدر نفسه .

منه بقدر الثلث ،وتنفذ الوصية فيه ،وفي غلته الى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ،أو الي أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له " .

فهذه المادة قد دلت على أن الوصية بالمرتبات اذا كانت من رأس مال التركة ،بأن أضيفت اليه ،ولم تضف الى الغلة أو الريع وكانت المدة طويلة أو قصيرة ،فانه في هذه الحالة تعتبر قيمة الموصى به فيها مساوية لمجموع المرتبات في المدة كلها .

فلو أوصى بأن يصرف من ماله عشرة جنيهات كل شهر لمدة عشر سنوات لشخص عينه ،أو أوصى بصرفها لأولاد أخيه فلان ،فالموصي به يساوى ١٢٠٠ جنيه ،وبذلك فليس هناك ما يدعو لتعلق الوصية بجميع التركة بحيث يوقف ثلثها عند عدم اجازة الورثة للوصية ،بل يكفي أن يوقف من أعيانها ما يضمن تنفيذها في المدة ،ولو قلت قيمة الموصى به عن الثلث .

على أن القانون قد قرر مراعاة عدم الاضرار بالورثة ،عند اختيار العين التى توقف لضمان تنفيذ الوصية ،وذلك تطبيقا لقاعدة " الضرر يزال " .

وقد فسرت المذكرة التفسيرية (١) لقانون الوصية المصرى عدم الاضرار : " بأنه اذا كانت المدة قصيرة كعشر سنين أو أقل ،فانه ينبغي أن تكون قيمة العين مساوية للمرتب في المدة الموصى فيها ،لتكون ضمانا لاستيفاء المرتب منها اذا كان الايراد لايكفي ،ولم يكن في ايقافها

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٧٣ .

وكف يد الورثة عنها اضرار بالورثة لقصر المدة ،ورجاء عودتها اليهم سالمة عند نهاية المدة ،أما اذا كانت المدة طويلة وهى ما كانت أكثر من عشر سنين فانه ليس من اللازم أن تكون العين المخصصة للتنفيذ مساوية في قيمتها لمجموع المرتبات في المدة ،بل يكفي أن يكون ايرادها كافيا لتنفيذ الوصية منه حسب تقدير الخبراء ،ولو كانت قيمتها أقل من المرتب في المدة ،وذلك أن وقف عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب زمنا طويلا ،يعود بالضرر على الورثة فى بعض الأحوال ،كما اذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به ،أو كان للورثة مصلحة خاصة في هذه العين مع وجود عين أخرى، أقل قيمة ذات ايراد يسع المرتب .

ثم انه اذا زاد على الثلث ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على النحو الذى قدمنا ،واجاز الورثة تلك الزيادة ،أوقف كله ،وان لم يجز الورثة ذلك لم يوقف كله ،ولكن يوقف منه مايعادل ثلث التركة فلو كانت العين التى تضمن تنفيذ الوصية تساوى ستمائة جنيه،والتركة كلها لا تساوى الا ألفا وخمسمائة جنيه ،فان العين في هذه الحال تكون زائدة عن ثلث التركة بما يوازى سدسها ،فان لم يجز الورثة هذه الزيادة ،فانه يوقف منها خمسة أسداسها .

وفي جميع الحالات يستوفي المرتب من غلة ما أوقف ،أو منه ذاته ان لم يكن استيفاؤها من الغلة ،وذلك الى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة عند الوفاة فان تم استيفاؤه قبل مضي المدة ،فلا يكون للموصى له حق في باقيها ،أو الى أن تنتهي المدة ان لم يكن الثلث قد

تم استيفاؤه حتى نهايتها فلا يكون للموصى له حق بعدها ،أو الـى أن يموت الموصى له ان كان معينا ،ومات قبل نهاية المدة ،أو قبل استيفاء الثلث ،لأن الوصية بالمرتب في حكم الوصية بالمنفعة تتقيد بحياة الموصى له ،ولا تنتقل من بعده الى ورثته ،وما يبقى من المرتبات الموصى بها بعد وفاته يرد الى ورثة الموصي ،فترد العين المخصصه للتنفيذ ذاتها .

هذا اذا كان ما وقف يزيد على ثلث التركة ،فان كان ما وقف أقل من ثلث التركة ،واستوفي منه المرتب حتى نفذ قبل مضي المدة انتهت الوصية لزوال ما تعلقت به .

ومن هذا البيان يتضح أنه لو كانت الوصية بالمرتبات لمدة معينة من رأس المال تزيد في مجموعها على ثلث التركة عند الوفاة ،ولم يجز الورثة الزيادة ،فان هذا لا يترتب عليه انقاص المرتب بنسبة الزيادة بل يصرف المرتب كاملا كما نص عليه ،ويكتفي برعاية الثلث فيما يوقف لضمان تنفيذ الوصية ،وفي مجموع المرتب الذى يستوفي[1] .

... ...

(١) انظر: المصدر السابق ،وأنظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٢٠٢ وما بعدها . وانظر : الوصية للأستاذ البرديسي ص ١٢٣ .

المطلب الثاني

الوصية بمرتب من الغلة والمدة معلومة

اذا قال شخص أوصيت من غلة تركتى أو من غلة هذه الدار لمحمود بمبلغ خمسة جنيهات تدفع له كل شهر لمدة خمس سنوات ،أو قال أوصيت من غلة تركتى أو من غلة هذه الدار لأولاد محمد بعشرة جنيهات تدفع له كل شهر لمدة سبع سنوات ،أو قال أوصيت من غلة تركتي أو من غلة هذه الدار للمستشفى الفلاني بمبلغ عشرة جنيهات تدفع له شهريا لمدة عشرين سنة .

فهذه الوصايا قد أجازها قانون الوصية المصرى وبين طريقة تقديرها فى مادته (٦٥) والتى نصت على أنه[1] : " اذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة ،أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به ،وغير محملة به ،ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به ،فان خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وان زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث،وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي " .

ولبيان ذلك نقول : "ان الوصية بالمرتب من الغلة ولمدة معينة لا تخلو أن تكون من غلة التركة كلها وذلك بضمها الى غلتها أو باضافتها الى غلة المال ،أو تكون من غلة عين منها .

فان كانت الوصية بالمرتب من غلة التركة لمعين أو لجماعة محصورة أو غير محصورة أو لجهة من جهات البر ،فطريق تقدير الوصية،لنعرف ما اذا كانت في حدود الثلث من التركة أو أكثر ،هو أن يقوم أهل

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٥ .

الخبرة التركة كلها خالية من المرتب الذى تحمله بمقتضى الوصيـــة ثم تقوم وقد تعلق بها حق الموصى له بالمرتب المحدود فى الزمن المعلوم ،ويكون الفرق بين القيمتين هو الموصى به .

ثم ان كان هذا الفرق في حدود ثلث التركة كلها غير محملـــة بالوصية ،نفذت بتمامها ،على أن يخصص من التركة عين من أعيانهـــا تغي غلاتها بضمان تنفيذ الوصية على أنه من غير اللازم أن تكون قيمـــة هذه العين في حدود ثلث التركة ،بل توقف ولو جاوزت قيمتها الثلـث لأن التنفيذ لا يكون منها بذاتها بل من غلتها ،كما أنه عند نهاية الوصية ستسلم للورثة ،ولأن فى قصر العين الموقوفة على قيمة الثلث ضرر علـــى الموصى له ،وذلك فيما اذا كانت لا تفل المرتب ،لأنه يترتب على هـــذه الحال ،عدم التمكن من اتمام المرتب له من العين الموقوفه ، كالحـال في الوصية بمرتب من رأس المال ،ومثل ذلك في الحكم ما لو جـــاوزت قيمة الوصية الثلث وأجازها الورثة .

أما اذا لم يجز الورثة الزيادة ،فانه لا ينقص من المدة بنسبة مـــا زاد عن الثلث ،بل تصرف فى المدة كلها ،وانما ينقص من المرتـــب الشهرى أو السنوى بنسبة ما يتجاوز من مجموع المرتبات ثلث التركـــة وتنفذ الوصية في الثلث .

ولقد ضربت المذكرة التفسيرية لذلك مثلا فقالت : "اذا كانـــت الوصية بمرتب خمسة جنيهات كل شهر من غلة التركة مدة عشر سنـــوات، وقدر الخبراء الفرق بين القيمتين بستمائة جنيه ،وكانت قيمة التركـــة خمسمائة وألف جنيه ،فان الوصية ترد الى خمسمائة جنيه ،ويكون المرتب أربعة جنيهات وسدس جنيه" .

وترى من هذا أن المرتب قد نقص منه بنسبة ما نقص من مجموع الموصى به ، اذ نزل من ستمائة الى خمسمائة .

واذا كانت الوصية بمرتب من غلة عين معينة من التركة لمدة معينة فان طريقة تقديرها تكون بقيمة الفرق بين قيمة العين محملة بالوصية وغير محملة بها ، ويكون الفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به فان كان يخرج من الثلث نفذت الوصية ، ووقفت العين بتمامها وكذلك لو كان أكثر من الثلث وأجاز الورثة الزيادة ، فان لم يجيزوها ، فانه ينقص من المرتب الشهرى أو السنوى بنسبة ما ينقص من مجموع المرتبات في المدة ، ليكون في دائرة الثلث ، وينقص كذلك من العين بنسبة ما نقص من المرتب ، فاذا كانت قيمة المرتب في مجموع المدة ٥٠٠ جنيه ، وثلث التركة يساوى أربعمائة جنيه ، فانه ينقص من المرتب الشهرى خمسه ، فاذا كان عشرة جنيهات كل شهر نزلت الى ثمانيه ، واذا كانت العين الموصى بالمرتب من غلتها عشرة أفدنة استولي الورثة على اثنين منها ، اذ ينقص منها أيضا خمسها ، وهو فدانان .

على أن للورثة في جميع حالات الوصية بمرتب من غلة معينة أن يوقفوا عينا أخرى تغل المرتب اذا تضرروا من وقف العين التى ذكرها الموصي ، كما لو كانت غلة العين المنصوص عليها تغل أكثر من المرتب بكثير ، وهذا وان كان لم يرد ذكره في القانون ، لكن ورد ذكره في المذكرة التفسيرية للقانون ، ويتفق مع القاعدة العامة في ازالة الضرر .

كما أن المذكرة التفسيرية قد أشارت الى أن الوصية بمرتب من غلة التركة ، أو من غلة عين منهما لمدة معينة تنتهي بانتهاء المدة ، أو بوفاة

الموصي له قبل مضيها ،وهذا كما في الوصية بالمرتب من رأس المال[1] ،التى تقدم ذكرها .

... ...

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٧٩ / ١٨٠ .
وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٢٠٥ ،ومابعدها .

المطلب الثالث

الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة لطبقات مدى الحياة

اذا أوصى شخص بمرتب من رأس المال أو من الغلة للطبقات مدى الحياة مطلقة كانت أو مؤبده ، فان هذه الوصية تعتبر صحيحة ويجب تنفيذها للموجودين من الطبقتين الأوليين ، وقت وفاة الموصي فقط ، دون من يجيء من الطبقة الثالثة ، أو من كان غير موجود ولو كان من الطبقة الثانية .

فلو أوصى شخص لفلان بمرتب عشرين جنيها ثم لمن بعده من ذريته يصرف لهم كل شهر أبدا ، فهذه الوصية صحيحة لفلان ، حيث انه من يعتبر الطبقة الأولى ، اذا كان موجودا عند وفاة الموصي ، كما أنها تصح للموجود من أولاده عند وفاة الموصي ، ولكنها غير صحيحة بالنسبة لأولاد أولاده ، حيث أنهم يعتبرون من الطبقة الثالثة ، كما أنها لا تصح اذا لم يكن له أولاد وقت وفاة الموصي ثم وجدوا بعد ذلك ، لعدم تحقق الشرط .

ويلاحظ أن هذه الوصية قد خالفت غيرها من الوصايا لأنه على مذهب المالكية لا يشترط في الموصى له غير المعين أن يكون موجودا عند انشاء الوصية ولا عند وفاة الموصي (١) ، وانما يشترط امكان وجوده فقط ، فلواستحال

---

(١) أما الجمهور فقد عرفنا عند الكلام على شروط الموصى له ، أنهم يشترطون وجوده عند وفاة الموصي ، وذلك أن الوصية تمليك ، والتمليك للمعدوم لا يجوز بدليل أن الميراث لا يثبت الا لمن كان موجودا عند وفاة المورث =

وجـــود ه بطلت الوصيـــة .

وقد علق الأستاذ شلبي على هذه المخالفة[1] فقال : " ولعل ملحظ القانون في هذه المخالفة أن تقدير الوصية في هذه الصورةتوقف على بيان مدتها بتقدير أهل الخبرة لحياة الموصى لهم ، وهذا التقدير لا يكون الا لموجود ، فلو جعلنا هذه الوصية للموجود والمعدوم منهم لتعذر تقديرها ، ومن ثم يتعذر تنفيذها بخلاف غيرها من الوصايا بالأعيان أو المنافع أو الحقوق ، لأن تقديرها هناك ممكن ولا يتوقف على تقدير حياة الموصى لهم ، فصحت هناك للموجود والمعدوم .

ثم انه يتبع في تقدير قيمة الوصية واخراجها من الثلث، وكذلك بالنسبة لحبس عين تفي غلتها بالمرتب الموصى به ما تلناه في الصور التى تبلها ، كما يتبع في تقدير حياة الموجودين الموصى لهم مدى الحياة ما ذكرناه من قبل من تفويضه الى أهل الخبرة من الأطباء ، لأنهم هم الذين يقدرون حياة الموجودين ، غير أنه ان وجد فيهم جنين قدرت حياته بستين سنة أخذا بما قرره متأخروا فقهاء الحنفية .

فان اختلفت أعمار الموصى لهم قدرت الوصية بأطولهم عمرا .

فلو أوصى لشخص بمرتب ثم من بعده لأولاده ، وكان له عند وفاة الموصي ولدان ، فقدرالأطباء حياة الأب بعشرين سنة ، وحياة ولديه بثلاثين سنة وأربعين سنة ، فان تقدير مدة الوصية يكون بأربعين سنة . فيأخذ الأب وصيته من غلة العين ان كان المرتب من الغلة ، أو يأخذ من الغلة والعين جميعا ان كانت الوصية من رأس المال ، يأخذ ذلك الى

= دون المعدوم ، والوصية كذلك ، لأنها أخت الميراث، انظر: أحكام الوصايا للأستاذ شلبى ص ٢٢٦ .

(١) أحكام الوصايا والأوقاف ص ٢٢٦ .

أن يموت ،أو تنتهي المدة المحدده لحياته .

فان مات قبل انتهاء مدة وصيته المحدده لحياته ،فإن حقه من الوصية ينتقل الى من بعده من أولاده ،ولكن بشرط ألا يمضى على وفاة الموصي عند وفاة الموصى له ثلاث وثلاثون سنه شمسية ،وتنتهى الوصية في حقهما بموتهما أو بانتهاء مدة الوصية ،أو باستيفاء ثلث التركة ،أو بنفاذ العين المخصصة للاستيفاء ،في حالة ما اذا كانت الوصية من رأس المال .

هذا بالنسبة لحالة ما اذا مات الأب قبل انتهاء وصيته .

أما اذا انتهت مدته قبل موته ،فان حقه في غلة العين الموقوفة لا ينتقل الى أولاده الموصى لهم من بعده من الطبقة الثانية ،وذلك أن استحقاقهم لا يكون الا بعد وفاة الأب لدلالة عبارة الموصى على ذلك وتكون الغلة من انتهاء المدة المحدده حتى وقت وفاة الموصى له الأول " الطبقة الاولى " لورثة الموصي .

وقد جاء بيان حكم هذه الصورة في المادة السبعين (1) ونصها :
" لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجود من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصي ويقدر الأطباء حياة الموجودين ،وتنفذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعينين " .

....

---

(1) انظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٦ / ١٨٧ ، ٢٨٦ وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ،وانظر: الوصية للبرديسي ص ١٣٧ ، ١٣٨ .

المطلب الرابع

الوصية بمرتب لمعين طول حياة الموصى له من مال التركة أو غلتها

نصت المادة (٦٦)(١) من قانون الوصية المصرى على أنه : " اذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبده أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ، ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة (٦٤) ان كانت الوصية بمرتب من رأس المال ، ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة (٦٥) ان كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فاذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء ، كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، واذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التى قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة " .

ومن هذا النص يتبين أن القانون ، قد اعتبر أن الوصية بمرتب مدى الحياة كالوصية لمدة معلومة ، وذلك أن القانون قد سن الطريق لتقدير حياة الموصى له من بعد وفاة الموصي ، وذلك عن طريق تقدير الأطباء فيما يقدرونه من سنين تقديرا تقريبيا يكون هو المدة المعلومة للوصية بالمرتب له ، فاذا قدروا حياته بعد وفاة الموصي بعشر سنين ، فان الوصية بالمرتب له ، كأنها وصية بمدة معلومة تدرها عشر سنين ، واذا علمت مدة الوصية فاننا نرجع في تنفيذها ، وتقدير قيمتها بالنسبة لمجموع

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٦ .

التركة الى الأحكام السابقة في الوصية بالمرتب ،فان كان المرتب من رأس المال فانه يخصص من التركة ما ينفذ الوصية ،ولكن بشرط ألا يزيد المخصص على الثلث،فان تجاوز الثلث احتجنا الى اجازة الورثة ،وتنفذ الوصية من غلة العين المخصصه ،فان لم تف الغلة بيع من العين ،ان لم يسد الورثة النقص ،فان نفذت العين انتهت الوصية .

وان كانت الوصية بمرتب من الغلات ،قدرت قيمة الموصى به بعد معرفة مدى الحياة ،وذلك عن طريق تقدير أهل الخبرة للعين محملة بالمرتب ،وغير محملة به ،ويكون الفرق هو قيمة الموصى به .

واذا مات الموصى له المعين قبل المدة التى قدرها الأطباء كانت الغلات والعين المخصصة لها للورثة ،أو كانت الوصية لمن بعده ان كان هناك موصى له من بعده،وذلك لأن تقدير الأطباء تقريبى فاذا جاء الواقع خلافه ،فان الواقع ينفذ حكمه ،واذا عاش الموصى له أكثر من المدة التى قررها الأطباء انتهت الوصية لأن الوصية قدرت كذلك ،فتنفذ على أساس هذا التقدير .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية(1) للقانون أن تقدير الحياة بمعرفة الأطباء أو أهل الخبرة بذلك منهم مأخوذ مما ورد في مذهب مالك وبما ورد عن أبي يوسف .

ولقد قرر هذان الامامان أن تقدير الحياة يكون بما يتوهم أن يعيشه فى العادة ،ورأى القانون أن يكون تقدير الحياة بحدس أهل الخبرة

---

(1) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٨٤ .

الذين يبنى تقديرهم على أسس علمية ،وان كانت ظنية مقربة ،لا قطعية معينة .

هذا ولا يفوتنا أن نشير الى أنه لم يذكر عن مالك ،ولا عن أبي يوسف الحكم فيما اذا مضت المدة ولم يمت ،ولعله لم يذكر ذلك ،لأن فرضه غريب بعيد ،اذ قدروا المدة على ما يصل اليه الوهم متيدا بالعادة ،فهو تقدير يعد أقصى تقدير ،ولذلك لم يفرضوا انتهاء المدة قبل وفاة الموصى له ،لأنها حد أقصى للتقدير ،ولكن ذكر عن ابن القاسم من المالكية حكم ذلك الفرض،وهو أنه إن عاش بعد انتهاء المدة لا يحق له أن يرجع بشيء على الورثة ، أى تنتهي الوصية بذلك التقدير ،ولم ينقل عن أبي يوسف فيه شيء[1] .

... ...

---

(١) انظر : المصدر نفسه .

الباب الخامس

الباب الخامس

حكم الوصية ، ومبطلاتها ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : حكم الوصية ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم الوصية ، بمعنى صفتها الشرعية وبيان الوصية الواجبة .

المبحث الثاني : حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب عليها .

الفصل الثاني : في مبطلات الوصية

وفيه مباحث :

المبحث الأول : فيما يبطل الوصية من جهة الموصي

المبحث الثاني : فيما يبطل الوصية من جهة الموصي له

المبحث الثالث : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى به

الباب الخامس

حكم الوصية ومبطلاتها

وفيه فصلان : الفصل الأول

حكم الوصية

وفيه مبحثان : المبحث الأول

حكم الوصية بمعنى صفتها الشرعية
وبيان الوصية الواجبة

حكم الوصية بهذا المعنى وهو الوصف الشرعي لها من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك وهو الحكم التكليفي ،فهذا محل اختلاف بين الفقهاء .

* فالذى ذهب اليه جمهور الفقهاء ،ومنهم الأئمة[1] الأربعة أن الوصية مستحبة ،رغب الشارع في فعلها فى سبل البر ،ولمن يقصد بها القربة فيما يعتبر قربة شرعا من بر قريب ،أو اعانة محتاج ،وقد قال بذلك ايضا الشعبى[2]

---

(١) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤١٤ ،وانظر: نهاية المحتاج ٦/ ٤٠ . وانظر تبيين الحقائق ٦/ ١٨٢ ،وانظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣٣١ ،وانظر مواهب الجليل ٦/ ٣٦٤ .

(٢) هو أبو عمرو عامر بن شراحبيل بن عبد الشعبي من همدان ،ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان ،روى أن بن عمر مر به وهو يحدث بالمغازى فقال : شهدت القوم ،وأنه أعلم بها مني ،وقال ابن سيرين لأبي بكر الهذلي : الزم الشعبي ،فلقد رأيته يستفتي وأصحاب النبى -صلى ==

والنخعي[(١)] والثوري .

وخصوا وجوبها بمن تعلق بذمته حقوق ، سواء كانت للعباد كدين أو وديعة ، ونحو ذلك أو لله كزكاة وحج وفدية صيام وكفارات وصلاة فرط فيها ، على أن وجوبها فيما ذكر ليس لذاتها ، وانما لكونها هي الطريق للخروج من عهدة ما تعلق بذمته من هذه الحقوق الواجب عليه أداؤها ، فتكون واجبة عليه لهذا السبب[(٢)] .

== الله عليه وسلم - بالكوفة ، وقال أبو حصين : ما رأيت أعلم من الشعبي ، قلت ولا شريح ؟ قال تريد أن أكذب ؟ ما رأيت أعلم من الشعبي ، وقال مكحول : ما رأيت أحدا أعلم بسنة ماضيه من عامر الشعبي ، وقال الزهري : العلماء أربعة ، وعد منهم عامر الشعبي - بتصرف - وقال أشعث بن سوار : نعى الينا الحسن البصري الشعبي فقال : كان والله فيما علمت كثير العلم عظيم الحلم ، قديم السلم من الاسلام بمكان .

توفي سنة ١٠٤ هـ ، وقيل سنة ١٠٧ هـ ، انظر : طبقات الفقهاء ص ٨١ .

(١) هو أبو عمران ابراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة النخعي قال أحمد : مات سنة ست وتسعين ، وقال الشعبي حين بلغه موت ابراهيم : أهلك الرجل ؟ قيل نعم ، قال : لو قلت أنعى العلم ما خلف بعده مثله ، والعجب له حين يفضل ابن جبير على نفسه وسأخبركم عن ذلك : انه نشأ في أهل بيت فقه ، فأخذ فقههم ، ثم جالسنا فأخذ صفو حديثنا الى فقه أهل بيته فمن كان مثله .

المصدر السابق ص ٨٢ .

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤١٤ .

* ولذلك يقول ابن حجر[1] : " وحاصله يرجع الى قول الجمهور أن الوصية غير واجبة بعينها ،وانما الواجب بعينه الخروج من الحقوق الواجبة للغير سواء كانت تنجيز أو وصية " ،ثم يقول : " ومحل وجوب الوصية انما هو اذا كان عاجزا عن تنجيزه ولم يعلم بذلك غيره ممن يثبت الحق بشهادته ،فأما اذا كان قادرا أو علم بها غيره فلا وجوب "

* ويقول أبو ثور[2] : " ليست الوصية واجبة الا على رجل عليه دين أو عنده مال لقوم ،... فأما من لا دين عليه ولا وديعة فليست بواجبة عليه الا أن يشاء " .

ومع أن الأصل عندهم في الوصية ماذكر ،الا أنها قد تتصف بصفة أخرى غير تلك فقد تكون مكروهة اذا كانت لأهل الفسق والفجور، وغلب على ظنه صرفها في الفسق ،والفجور ،أو كانت لمن يعلم أنه مفسد ومبذر للمال .

وقد تكون محرمة اذا كانت بما لا يجوز شرعا من كل ماهو محرم أو معصية ،كالوصية بطعام تجتمع له النائحات بعد موته ،وكالوصية بخمر أو بناء كنيسة ،ودار لهو ،أو كان القصد منها الاضرار بالورثة كما ثبت عن[3] ابن عباس - رضي الله عنهما - " الاضرار في الوصية من الكبائر " .

---

(١) انظر : فتح البارى ٥/٣٥٩ .
(٢) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/٢٥٩ .
(٣) انظر : نيل الأوطار مع منتقي الأخبار٦/٤٠ ،فقد رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح ،ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقات .

وقد تكون مباحة اذا كانت لغني ،ولم يصاحبها قربة ،ولا ماهو منهي عنه .

* وفي ذلك يقول الشوكاني[(١)] : " وعرف من مجموع ما ذكرنا أن الوصية قد تكون واجبة ،وقد تكون مندوبة فيمن رجا منها كثرة الأجر ومكروهة في عكسه،ومباحة فيمن استوى فيه الأمران ،ومحرمة اذا كان فيها اضرار ،وساق الحديث المذكور عن ابن عباس - رضي الله عنهما[(٢)]

وبناء على ما ذكرنا ،فان وصية الانسان بجزء من ماله غير واجبة في قول الجمهور[(٣)] .

وذهب جماعة من السلف منهم عطاء والزهري وابو مجلز

---

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ،فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن ،ولد بهجرة شوكان (من بلاد خولان باليمن) سنة ١١٧٣ هـ ،ونشأ بصنعاء ،وولي قضاءها سنة ١٢٢٩ هـ .
له تصانيف كثيره منها : نيل الأوطار من أسرار منتقي الأخبار،والبدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع ،وفتح القدير في التفسير وارشاد الفحول في أصول الفقه ،توفي بصنعاء حاكما بها سنة ١٢٥٠هـ انظر : البدر الطالع ٢/ ٢١٤، ٢٢٥ ،جلاء العينين ص ٤٦ - ٤٨ ،، التاج المكلل ص ٤٤٣ - ٤٥٨ ،المدخل الى مذهب احمد ص ٢٤٢ ، ٢٤٣ ،الرسالة المستطرفة ص ١٥٢ ،الأعلام ٧/ ١٩٠، ١٩١ ،الفتح المبين ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) انظر : نيل الاوطار مع منتقي الأخبار ٦/ ٤٠ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح ٦/ ٤١٤ .

وطلحة بن مصرف وسعيد بن المسيب[(١)] والحسن البصرى[(٢)] ، وطاووس الى وجوب الوصية على من ترك مالا ، وقد حكاه البيهقي عن الشافعي في

---

(١) سعيد بن المسيب هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر ، عالم جليل ، فقيه تابعي ، قال ابن عمر لرجل سأله عن مسألة : " ايت ذاك فسله ، يعني سعيدا ، ثم ارجع الي وأخبرني ، ففعل ذلك فأخبره ، فقال : " ألم أخبرك أنه أحد العلماء" ، وقال فيه أيضا : " لو رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم لسرّه ، بل قال سعيد عن نفسه : " ما بقي أحد أعلم بكل قضاء قضاه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، وكل قضاء قضاه أبو بكر ، وكل قضاء قضاه عمر . . . مني " وقد أخذ علمه عن زيد بن ثابت وجالس بن عباس وابن عمر وسعد بن أبي وقاص ، ودخل على أزواج النبى صلى الله عليه وسلم : عائشة وأم سلمة ، وسمع من عثمان وعلي وصهيب ، ومحمد بن مسلمه " . توفي بالمدينة ، وقد اختلف فى تاريخ وفاته ، فقيل : سنة ٩١ هـ ، وقيل ٩٢ هـ ، وقيل سنة ٩٤هـ وكان يقال لهذه السنة ، سنة الفقهاء لكثرة من مات فيها ، وقد أرخها المدائني ، ويحيى بن معين بسنة ١٠٥ هـ : أنظر : طبقات الفقهاء ص ٥٧ .

(٢) الحسن البصرى هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن البصرى ، واسم ابي الحسن يسار ، مولي الأنصار ، ولد الحسن لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقيه ، وعالم فاضل من فقهاء البصرة فقد روى أن أمه كانت خادمة لأم سلمه زوج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولعلها بعثتها فى حاجة ، فبكي الحسن ، فناولته ثديها فكانت تلك الحكم التى رزق بها الحسن من بركات ذلك وقد دعا له عمر - رضي الله عنه - فقال : " اللهم فقه في الدين وحببه للناس ، وعن علو شأنه ومكانته العلمية والفقهية . ==

القديم ، وبه قال اسحق وداود وأبو عوانة الإسفراييني وابن جرير[١] وأخيرا قال به ابن حزم[٢] ، فقد ورد في المحلى : " والوصية فرض على كل من ترك مالا ... " ولذلك نجد أن ابن قدامة[٣] بعد ما ذكر أن الوصية بجزء من المال ليست واجبة في قول الجمهور عقب بعد ذلك بقوله : " الا طائفة شذت فأوجبتها ، ثم ذكر ما روى عن الزهري من أنه قال : " جعل الله الوصية حقا مما قل أو كثر ".

= = قال عنه أنس بن مالك عند ما سئل عن مسألة قال :
سلو مولانا الحسن ، فانه سمع وسمعنا فحفظ ونسينا ، وقال ابو قتادة : الزموا هذا الشيخ - يعني الحسن - فما رأيت أحدا أشبه رأيا بعمر بن الخطاب منه ، وقد قال فيه بلال ابن أبي بردة : " سمعت أبي يقول ، والله لقد أدركت أصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - فما رأيت أحدا أشبه بأصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - من هذا الشيخ مات بالبصرة سنة ١١٠ هـ ، وهو ابن ثمان وثمانين سنة .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٨٧ .

(١) ابن جرير : هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، نزل بغداد ، ومات بها سنة ٣١٠ هـ ، وهو صاحب التاريخ والمصنفات الكثيره . منها :
جامع البيان عن تأويل آى القرآن .
انظر: المصدر السابق : ص ٩٣ .

(٢) انظر : المحلى ٩/ ٣٨١ ، وانظر : نيل الأوطار ٦/ ٣٩ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤١٤ .

الأدلـــة والمناقشـــة :

أولا : استدل ابن حزم ومن وافقه على وجوب الوصية بدليلين : -

١ - بقوله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين ".[1]

فأوجب[2] سبحانه الميراث في كل ما علم من ماله ومالم يعلـــم، وأوجب الوصية والدين مقدمين كذلك على الميراث .

ونوقش هذا الدليل : بأن الآية لا تدل على وجوب الوصية ، وانمـــا تدل على فرضية الميراث ، وأنه يخرج بعد اخراج الدين من المـــال وبعد اخراج الوصية اذا وقع الايصاء بها ، وقد استوفـــت اركانها وشروطها ، وفرضية الميراث لا تدل على فرضية الوصيـة قبل وقوعها[3] .

٢ - واستدلوا بما رواه الجماعة[4] عن ابن عمر - رضي الله عنهمـــا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " ما حق امـــرئ مسلم يبيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصي فيه الا ووصيته مكتوبـة عند رأسه " . ورواه ابن[5] عبد البر والطحان بلفظ : " لا يحل لامرئ مسلم له مال " .

فقد دل على وجوب الوصية والمبادرة الى فعلها ، يؤيده أنـــه روى عن ابن عمر راوي الحديث أنه قال : " لم أبت ليلة منذ سمعـــت

---

(١) سورة النساء : آية (١١) .

(٢) انظر : التركة للكشكي ص ١٥٠ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) انظر : نيل الأوطار مع منتقي الأخبار ٦ / ٣٨ .

(٥) انظر : المصدر نفسه .

رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول ذلك الا ووصيتي عندي[1].

ونوقش هذا الدليل : بأنه لا يدل على وجوب الوصية ،لأنها لو كانت واجبة لم يفوض الأمر فيها الى ارادة الموصي ، ولكان ذلك لازما على كل حال ،ولكن المقصود من الحديث الحث على المبادرة بكتابة الوصية ،لأن معناه ما الحزم والاحتياط أن يمر على الانسان زمن يملك فيه مالا يوصي به ولا يكتب وصيته ،فقد يفجؤه الموت وهو على غير وصيه .

ثم انه لو سلم أنه أريد به بيان وجوب الوصية ،فانه يحمل على من كانت عليه حقوق للناس يخاف ضياعها عليهم ،أو كانت له حقوق عند الناس يخاف تلفها على الورثة ،فهذا يجب عليه الوصية به من غير خلاف ،لأن الله فرض أداء الأمانات الى أهلها ،ومن لا حق عليه ولا أمانة قبله ،فليس بواجب عليه أن يوصي[2].

ثم انه روي ان ابن عمر راوي الحديث لم يوص ،وعمل الرواية بخلاف مرويه ،ينزل منزلة روايته للناسخ ،أو يضعف مرويه على الأقل[3].

وأما[4] رواية بن عبد البر والطحان : " لا يحل لامرئ مسلم له مال"

---

(١) انظر : المصدر نفسه ،والجامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٦٠ .

(٢) انظر : المصدرين السابقين ،وانظر: شرح الموطأ للزرقاني ٣ / ٢٢٩ .

(٣) انظر : التركة للكشكي ص ١٥٣ .

(٤) انظر : نيل الأوطار ٦ / ٣٨ .

فقد قيل ان راويها ذكرها بالمعنى ، وأراد بنفي الحل ثبوت الجواز بالمعنى الأعم الذى يدخل تحته الواجب والمندوب والمباح[1] .

ثانيا : واستدل الجمهور على عدم وجوب الوصية على من ترك مالا بما يلي : -

أولا : بأن النبى - صلى الله عليه وسلم - مات ولم يوص ، ولو كانت فرضا ما تركها ، فقد[2] روى البخارى عن عائشة[3] رضي الله عنها

---

(١) أنظر : نيل الأوطار ٦/ ٣٩ .

(٢) انظر : نيل الأوطار ٦/ ٤٠ .

(٣) هى أم المؤمنين عائشة بنت أبى بكر الصديق عبد الله بن عثمان من قريش ولدت بعد البعثة بأربع سنين أو خمس ، أفقه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين والأدب ، والفرائض ، تكنى بأم عبد الله ، تزوجها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهي بنت ست ، وقيل سبع ، ودخل بها وهو بنت تسع ، وكانت أحب نسائه اليه ، وأكثرهن رواية للحديث ، وكان لها مواقف ، ولم يكن يحدث لها أمر الا أنشدت فيه شعرا ، يقول علي ابن ابي طالب - كرم الله وجهه - فيما يروى عنه : " لو كانت امرأة تكون خليفة لكانت عائشة خليفة " ، بل كان أكابر الصحابة يسألونها عما أشكل عليهم ، فتجيبهم . يقول ابو موسى الأشعرى ما أشكل على أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - شيء فسألنا عنه عائشة الا وجدنا عندها منه علما ، ولما أجابت فى الغسل من الاكسال = وهو مجامعة الرجل دون أن ينزل = .
قال أبو موسى : لا أسأل عنه أحدا بعد هذا اليوم ، وقال عمر رضي الله عنه فى ذلك : من خالف بعد هذا جعلته نكالا ، وقال قبيصة بن ذؤيب : كان عروة بن الزبير يغلبنا بدخوله على عائشة ، وكانت عائشة أعلم الناس ، يسألها الأكابر من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال عروة : كانت عائشة أعلم الناس بالحديث وأعلم ==

أنها أنكرت أن يكون رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد أوصى، وقالت: متى أوصى وقد مات بين سحري[1] ونحري[2] ".

ومما ثبت عن ابن أبي أوفى[3] أنه قال[4]: لم يوص رسول الله

== وأعلم الناس بالقرآن، وأعلم الناس بالشعر، ولقد قلت قبل أن تموت بأربع سنين: لو ماتت عائشة ما ندمت على شيء الا كنت سألتها عنه، وقال مسروق، وقد سئل عائشة، هل كانت تحسن الفرائض؟ فقال: لقد رأيت أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يسألونها عن الفرائض، ماتت بالمدينة سنة ٥٨ هـ، وقيل سنة ٥٧هـ ودفنت بالبقيع. انظر: طبقات الفقهاء ص ٤٧، ٤٨، وانظر: الاستيعاب ٤/ ٣٥٦، ٣٦١، الاصابة ٤/ ٣٥٩، ٣٦١، تذكرة الحفاظ ١/ ٢٧، ٢٩، الأعلام ٤/ ٤ - ٥ .

(١) (السحر) بالضم الرئه، والجمع أسحار، كبرد وأبراد، وقيل السحر ما لصق بالحلقوم والمرئ من أعلى البطن، وقيل هو كل ما تعلق بالحلقوم من قلب وكبد ورئه، وفيه ثلاث لغات، وزان فلس، وسبب، وقفل، فيقال: سحري، وسحري، وسحري: " انظر: المصباح المنير ١/ ٢٦٧، مادة السحر، وانظر: مختار الصحاح ص ٢٨٨ .

(٢) يقال نحرت البهيمة نحرا من باب نفع، ومنه عيد النحر (والمنحر) موضع النحر من الحلق، أما (النحر) فهو موضع القلادة من الصدر والجمع نحور مثل: فلس وفلوس، وتطلق النحور على الصدور.
انظر: المصباح المنير ٢/ ٥٩٥، مادة " نحرت "

(٣) هو عبد الله بن أبي أوفي الأسلمي صحابي جليل، توفي بالكوفة سنة ٨٦ وهو اخر من مات من الصحابة بالكوفة كما قال بذلك الواقدى.
انظر: طبقات الفقهاء ص ٥٢ - ٥٣ .

(٤) انظر: نيل الأوطار ٦/ ٤٠ .

- صلى الله عليه وسلم - " وكذلك ما أخرجه[1] احمد وابن ماجه[2] عن ابن عباس أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مات ولم يوص ".

ثانيا : وبأن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك نكير ، ولو كانت واجبة لم نخلوا بذلك ، ولنقل عنهم نقلا ظاهرا ، لتوافر أسباب نقله ، ولأنه مما تعم به البلوى .

ثالثا : وبأن الوصية عطية لا تجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب.[3]

رابعا : وبأن الحكمة في مشروعية الوصية هي تمكين الانسان لما قد يفوته من أعمال البر والرحمة ، بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم : " ان الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم ".[4]

---

(١) انظر : المصدر نفسه .

(٢) ابن ماجه هو أبو عبد الله ، محمد بن يزيد بن ماجه ، الربعي بالولاء ، القزويني الحافظ المشهور ، ولد سنة ٢٠٩ هـ ، وكان اماما في الحديث عارفا بعلومه ، ارتحل في سبيل طلب الحديث ، الى البصرة والكوفة وبغداد ، ومكة والشام ، ومصر والرى ، له مصنفات قيمة ، منها كتابة " السنن " في الحديث ، وتفسير القرآن الكريم " و " تاريخ قزوين " وكتابه في الحديث أحد الصحاح الستة . توفي سنة ٢٧٣ هـ .
أنظر : وفيات الأعيان ٣/ ٤٠٧ ، ٤٠٨ ، تهذيب التهذيب ٩/ ٥٣٠ ، ٥٣٢ ، تذكرة الحفاظ ٢/ ٦٣٦ ، ٦٣٧ ، الاعلام ٨/ ١٥ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤١٤ .

(٤) رواه الدارقطني بسنده عن معاذ بن جبل رضي الله عنه . انظر: سننه ٤/ ١٥٠

فقد تفضل سبحانه علينا بهذه الصدقة ،لكي نتدارك ما يفوتنا من الخير وأعمال البر أو الصلة بما تعطيه منها ،والمشروع لنا لا يكون فرضا علينا ولا واجبا ،ولكن يكون كالنوافل من العبادات عدا الواجبات المتعلقة بذمة الانسان ،فقد عرفنا أن الوصية واجبة فيها باتفاق الجميع(١) .

وبالموازنة بين هذين الرأيين ودليليهما يتضح لنا قوة رأي الجمهور والذي هو رأى الأئمة الأربعة أبو حنيفة ،ومالك والشافعي وأحمد . والله أعلم .

الوصية الواجبة في قانون الوصية المصرى :

تبين لنا فيما تقدم أن الوصية غير واجبة في رأي جمهور الفقهاء الا في حالة واحدة ،وهى ما اذا كان قبل الموصي ودائع ،أو عليه ديون ،الا أن قانون الوصية المصري نص على وصية واجبة مفروضة أوردها في مواد ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩ .

وهذه الوصية القانونية تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلت طبقاتهم وصية بمثل ما كان يستحقه أبوهم ميراثا في تركة أبيه لو كان حيا عند موت الجد في حدود الثلث بشرط أن يكون الحفيد غير وارث ،وألا يكون الجد الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ،وقد نطقت بذلك المادة(٢) (٧٦) والتى نصت على أنه : " اذا لم يوص الميت لفرع

---

(١) انظر : أحكام الوصية للشيخ علي الخفيف ص ٢٩٨ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٨ .

ولده الذى مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وان كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله. وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولي من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه، دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وان نزل، قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات ".

وقد بينت المذكرة(1) التفسيرية لقانون الوصية أن الأحكام التى تضمنتها المادة المذكورة ترجع الى الأمور الآتية : -

أولا : أن المادة وضعت لتلافي حالة كثر منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت اباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم، أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقي والحرقي، فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن أباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التى تركها الميت، وقد يكونون في عياله يمولهم، وأحب شئ الى نفسه أن يوصي لهم بشئ من ماله، ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتيه.

---

(1) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص١٠٧ ومابعدها.

وقد أوجبها القانون لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلت طبقاتهم ، فلا يدخل في قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا في حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق في الوصية .

فلو خلف الميت ابنا ، وبنتا ، وبنتي بنت ماتت في حياته ، وابن ابن مات أبوه وجده في حياته ايضا مرتبين ، وكان له ابن مات في حياته ولم يعقب ، أو أعقب أولاد بنت تسمت ، التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث ، فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهم قسمة الميراث للبنت ثلثه يعطي لبنتيها بالتساوى ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ، ولو أن أباه مات قبل جده .

<u>ثانيا</u> : أن وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم .

<u>ثالثا</u> : أن اعطاء جزء من مال المتوفي للأقربين غيرالوارثين ، على أنه وصية واجبة في ماله - اذا لم يوص لهم - مذهب ابن حزم ، ورواية عن الامام أحمد .

<u>رابعا</u> : قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين في المادة مبني على مذهب بن حزم الذى يجيز أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض .

فلولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب الوارد في المادة (٧٦) .

خامسا : أن تحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم قسمة الميراث مبنى أيضا على مذهب ابن حزم ، وعلى القاعدة الشرعية وهى " أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة " ومتى أمر به وجبت طاعته " وقالت المذكرة التفسيرية : أن الجزء الواجب اخراجه يجوز في - مذهب ابن حزم - أن يحدد الموصي أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر وعلى هذا يجوز لولي الأمر أن يأمر باعطاء الأحفاد في الوصية الواجبة جزءا من التركة هو مثل نصيب أصلهم في حدود الثلث لأن هذا هو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط "

هل الوصية الواجبة وصية حقيقية أم هي ميراث ؟

ليست هذه الوصية وصية بالمعنى الخالص للوصية ، كما أنها لها شبه بالميراث ، وليست ميراثا خالصا[1] .

فهي تشبه الوصية في أنها تجب في حدود الثلث ، وفى أنها مقدمة على الميراث وسائر الوصايا الاختيارية عند تنفيذها ، فاذا مات عمن تجب لهم الوصية من غير ايصاء ، وأوصي لغيرهم ، فان أصحاب الوصية الواجبة يأخذون نصيبهم من الثلث ان وفي ، فان لم يف أخذوا الثلث ، فان بقي من الثلث شيء بعد الوصية الواجبة ، صرف للوصية الاختيارية ان كانت واحدة ، وان تعددت قسم بينهما بالمحاصة ، وقد جاء ذلك واضحا في المادة[2] (٧٨) ، (٧٩) من قانون الوصية المصرى ،

---

(١) انظر : احكام الوصايا للدكتور بدران ص١١٠ ، وانظر: التركة للكشكي ص٢٠٢

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٨ ٠

فقد نصت المادة (٧٨) منه على أن : " الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ، فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية ، وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة ان وفي والا فمنه ومما أوصي به لغيرهم ، كما نصت المادة (٧٩) على أنه : " في جميع الأحوال المبنية في المادتين السابقتين يقسم ما يبقي من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

وهي تشبه الميراث في أنها لا تحتاج الى قبول من يستحقها، ولا ترتد بالرد ، وأنها توجد وان لم يوجدها الميت ، وأنها تقسم تسمة الميراث ، ان لم يقسمها المتوفي ، وحتى ولو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه ، اللهم الا اذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من الوصية الواجبة .

لكنها تخالف الميراث في أن كل أصل يحجب فرعه ، دون فرع غيره ، أما في الميراث فكما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه .

وتختلف عنه ايضا في أن الجد اذا تبرع باعطاء الحفيد جزءا من المال بغير عوض بقدر الوصية أغنى ذلك عنها ، في حين أن الميراث لا يغني عنه مثل هذا التصرف .

كما تختلف عنه أيضا في أنها وجبت لهم عوضا عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث من أصله ، والميراث ثبت ابتداء من غير أن يكون عوضا عن حق ضائع .

طريقة استخراج الوصية الواجبة :

لم يبين القانون طريقة استخراج الوصية الواجبة ، بالطريقة الحسابية اذا اجتمعت مع الورثة .

على أنه قد حدد[1] مقدار الوصية الواجبة بالثلث ، فان كان أكثر من ذلك لم تنفذ الا باجازة الورثة ، كما اذا مات شخص من غير ايصاء عن بنت ، وابن ، وأولاد ابن مات في حياة أبيه ، فان الابن المتوفي كان يستحق خمس التركة لو كان حيا ، وحينئذ فلا يستحق أولاده الا الثلث ، اذا لم تجز الورثة ، ويقسم هذا الثلث بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، أما الثلثان الباقيان ، فانهما يقسمان على البنت والابن الموجودين القسمة الشرعية الواجبة بالميراث .

فان كان ما يستحقه الفرع المتوفى في حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث ان كان حيا ، فلكي نستخرج مقدار وصيته الواجبة له نسلك واحدا من ثلاثة حلول : -

الحل الأول : -

وهو الذى أفتي به مفتي الديار المصرية ، أن الوصية الواجبة هي وصيته بمثل نصيب أحد الورثة ، فان كان الموجود فرع ابن توفي فى حياة أحد أبويه . قدرت الوصية الواجبة له كأنها بمثل نصيب الابن ، واذا كان الموجود فرع بنت توفيت في حياة أبيها ، قدرت الوصية الواجبة كأنها بمثل نصيب البنت ، فلا يفرض الولد المتوفي حيا ،

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٠٨ ، وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ١١٨ ، وما بعدها .

على هذا الحل ،بل تحل المسألة بين الورثة والأحياء ،ثم يضاف الى أصل المسألة مثل سهام الولد المتوفي في حياة أبيه أو أمه .

فاذا توفيت امرأة عن : زوج ،وبنت ،وابن ،وبنت ابن توفي أبوها في حياة المورث ،وتركت ١٨٠ سهما ،فان أصل المسألة يكون من أربعة ،للزوج منها سهم ،وللبنت سهم ،وللابن سهمان ،ثم يزاد على أصل المسألة مثل سهام الابن ،أى يزاد سهمان ،فيصير أصل المسألة سته ،وتقسم التركة كذلك ، فيخص بنت الابن وصية واجبة ٦٠ سهما ، وللزوج ٣٠ سهما ،وللبنت ٣٠ سهما ،وللابن الذى على قيد الحياة ٦٠ سهما .

الحل الثاني :

أن يفرض الفرع المتوفي حيا ،وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطي أولاده نصيبه على ذلك .

فلو توفي رجل عن زوجته ،وأمه ،وأبيه ،وبنت ،وابن ،وبنت ابن توفي أبوها فى حياة المورث ،وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ فدانا .

فنفرض الابن المتوفى حيا ،وتقسم التركة فيخص الزوجة الثمن ٤٥ فدانا ويخص الأم السدس ٦٠ فدانا ،والأب السدس ٦٠ فدانا ،والباقي يقسم بين البنت والابن اللذين على قيد الحياة ،والابن المتوفي الذى فرض حيا ،فيخص البنت ٣٩ فدانا ،والابن الحي ٧٨ فدانا ،والابن المفروض ٧٨ فدانا ،تعطاه ابنته .

وهذا الحل غير مقبول ،اذ يترتب عليه حجب وارث أعطاه الشرع

من أجل فرض وارث اخر ،كأن يكون توفي عن زوجة وأربع بنات وأخت شقيقه ،وبنت ابن توفي في حياة أبيه ،فانه على هذا الحل تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن ،وتحجب الأخت الشقيقة .

والحل الثالث :

أن يفرض الذى توفي في حياة أبيه حيا ويقدر نصيبه بالسهام ويستخرج نصيبه من التركة على هذا الأساس ،ثم يقسم ما بقي من التركة بتوزيع جديد على الورثة الموجودين فعلا من غير نظر الى الولد الذى فرض حيا ،فاذا توفيت زوجة عن زوج وابن ،وبنت ،وبنت ابن توفي أبوها في حياة المورث ،وتركت ١٨٠ سهما ،فانه يفرض وجود الابن المتوفى - حيا - فتكون الورثة زوجا ،وبنت وابنان : للزوج ربع التركة فرضا ،وقدره ٤٥ سهما " والباقي وقدره (١٣٥ سهما) يقسم بين البنت والابنين ،للبنت خمس الباقي ،وقدره (٢٧ سهما) ولكل ابن خمسان أى (٥٤ سهما) فتعطي بنت الابن نصيب أبيها وصية واجبة مقدار (٥٤ سهما) .

وهذا الحل هو المختار اذ أنه يتفق مع منطوق المادة (٧٦) السابق ذكرها ،ولأنه لا يعطي فرع الولد في بعض الأحيان أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حيا ،وان كان الحل الأول يجعل التماثل قائما بين فرع الولد الذى توفي في حياة المورث ،وبين من يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ،الا أن القانون لم يشترط هذا التماثل[1] .

---

(١) المصدران السابقان .

ما قد يرد على هذه الوصية :

ورد على هذه الوصية الملاحظات التالية[1] : -

١ - اقتصرت هذه الوصية في المادة (٧٦) على حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم الخ ،وقالت المذكرة التفسيرية في تعليلها لذلك انها شرعت لتلافي حالة كثر منها الشكوى ،في حين أن هناك حالات أخرى ،كانت جديرة بالملاحظة والعناية . بل هى أولي بأن يفرض فيهما وصية واجبة .

فمن ذلك ،اذا لم يوص الميت للقريب غير الوارث ،وترك أما ، واخوة لأم ،وأم أب ،فان الجدة أم الأب في هذا المثال محجوبة بالأم ،وقد تكون فقيرة محرومة ولا عائل لها ،ومثل ذلك ما اذا مات شخص دون أن يوصي ،وترك أما لا ترثه أو أبا له لا يرثه لمانع من موانع الارث ،وقد يكون كل منهما محتاجا الى صلته وبره ،أو مات شخص عن زوجة ،وأخ شقيق ، وأبي أم والأخير ذوى الأرحام ،وهو لا يرث في هذه الحال وكذلك اذا مات شخص ولم يوصي ،ولم يترك أصولا ولا فروعا ولكنه ترك عماً شقيقا وعمة شقيقة ،أو ترك أخا شقيقا وابن أخ شقيق آخر مات في حياة أخيه المتوفى ،فان العمة لا تستحق شيئا فى المثال الأول ،وكذلك لا يستحق ابن الأخ شيئا في المثال الثاني .

---

(١) أنظر : أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ١١١ ومابعدها .

ومن غير شك أن أمثال هؤلاء بحاجة ملحة للعلاج من واضعي تلك المادة مما كان ينبغي وضعه - على القول بوجوب الوصية - عدم قصر الوصية الواجبة على الأحفاد، وملاحظة أقارب آخرين محتاجين وغير وارثين، متى وجدوا وذلك بفرض وصية لهم في مال المتوفى اذا لم يوص لهم، وكان ذلك في حالة عدم وجود أحفاد. لاسيما وأن الحجة التى استندوا اليها لوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين شاملة للأحفاد وغيرهم.

اذن فما ذكروه لتبرير قصر الأقربين على الأحفاد دون غيرهم من الأقارب غير الوارثين غير مسلم، فضلا عن أنه لا يوجد دليل على تخصيص الأقربين غير الوارثين بالأحفاد، وخاصة وان في القول بقصرها عليهم نفي لوجوب الوصية للوالدين اذا كانا غير وارثين - على قول من يرى وجوبها لهم - مع أنهما قد ذكرا نصا في آية الوصية، التى جعلتها المذكرة التفسيرية أصلا في وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين.

٢ - ما ورد بالمذكرة التفسيرية لقانون الوصية من أن قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين في المادة (٧٦) هو مبني على مذهب ابن حزم، فيه نظر: اذ أنه لا يسوغ قبوله الا في حالة ما اذا ترك الميت أحفادا وأقارب آخرين غير وارثين.

أما اذا مات الشخص ولم يوص ولم يترك أحفادا، ولكنه ترك أقارب غير وارثين فان ابن حزم هنا يفرض لهم وصية واجبة - في حين أن قانون الوصية لا يرى وجوبها لغير الأحفاد، فكيف تقول المذكرة التفسيرية أن قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد

مبنى على مذهب ابن حزم ؟

لذا ،فالقول بتخصيص الأقارب بالأحفاد ،حكم لا يستند الى دليل لا من نقل ولا مصلحة راجحة ،مما كان يتعين معه في أن القول يقصر الوصية الواجبة على المحتاجين من الأقارب غير الوارثين .كما ذهب اليه بعض العلماء هو الأولى . وذلك أن الوصية لا تخرج عن كونها من صلاة البر ،والمحتاجون أحق بذلك وأولي .

٣ - ما ذهب اليه القانون من تحديد الواجب بمثل نصيب الأصل في حدود الثلث قالت عنه المذكرة التفسيرية : " ان الجزء الواجب اخراجه يجوز - في مذهب ابن حزم - أن يحدده الموصي أو الورثة بمثل نصيب الأب ،كما يجوز تحديده بأقل أو بأكثر وعلى هذا يجوز لولي الأمر أن يأمر باعطاء الأحفاد في الوصية الواجبة جزءاً من التركة هو مثل نصيب أصلهم في حدود الثلث ، لأن هذا هو العدل الذى لا وكس فيه ولا شطط " ،وهذا غير مسلم ،لأن رأي ابن حزم ليس فيه تحديد للقدر الموصى به في الوصية الواجبة بنصيب معين ،وانما اكتفي مذهبه بما تطيب به نفس الموصي ،أو بما يراه الورثة أو الوصي مما لا اجحاف فيه بالورثة ،فكان الواجب أن يكون الأساس الذى يراعى في تقدير الوصية الواجبة اذا مات الموصي من غير تقدير،أن تكون بقدر ما تطيب به نفوس الورثة ،ولا يجحف بحقوقهم ،

وعلاوة على ذلك ،فان هذه الوصية ،وان كانت واجبة كما سماها القانون ،فانها لا تخرج عن كونها صلة للقريب غير الوارث ،الأمر

الذى يتعين معه الآ يربط تحديد قدر الوصية الواجبة بنصيب أصل أو غيره ،ولكن يكون مرتبطا بنسب تختلف باختلاف التركة قلة وكثره ،حتى ولو انتهت هذه النسبة الى حد أقصى هو الخمس ،فلا بأس ،فقد قال قتادة[1] : " أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع ،والخمس أحب اليّ " لكن ينبغي أن يقيد مقدار الوصية الواجبة بحيث لا يأخذ صاحبها أكثر مما يرثه من هو أقرب منه الى الميت ،وذلك حتى تزول بعض الحالات الشاذة الموجوده في تطبيق القانون ،اذ قد تأخذ بنت البنت أكثر مما ترثه بنت الابن ،وذلك فيما اذا توفي شخص عن بنت وبنت بنت وبنت ابن ،وترك (٣٠ فدانا) ،فان مقدار الوصية الواجبة هنا ثلث التركة ،وهو (١٠ أفدنة) تأخذها بنت البنت ،وتأخذ البنت وبنت الابن الباقي فرضا وردا بنسبة ٣:١ ، بمعنى أنه يكون نصيب بنت الابن في هذه الحالة ربع الباقي وهو خمسة أفدنة أى نصف ما أخذت بنت البنت .

ومن الحالات الشاذة الموجودة في القانون عند تطبيقه هو أن بنت البنت تأخذ أكثر من ابن الابن ،وذلك فيما اذا مات شخص عن بنت ،وبنت ابن ،وابن ابن آخر ،وبنت بنت ،وترك (٩٠) فدانا ،فاذا فرض وجود البنت الأخرى يكون الورثة : بنتين ،وبنت ابن ،وبنت بنت ،فيكون نصيب البنت الثلث تأخذه بنتها وهو (٣٠) فدانا ،والباقي (٦٠ فدانا) ،تأخذ البنت نصفه وهو (٣٠ فدانا) ،والباقي يكون لابن الابن ،وبنت الابن يقسم بينهما تعصيبا وقدره (٣٠ فدانا) ، يأخذ ابن الابن

---

(١) المصدر السابق .

(٢٠ فدانا) ،وتأخذ بنت الابن عشرة أفدنة ،أى ثلث ماأخذت بنت البنت .

ومن الحالات الشاذة ايضا أن تأخذ بنت الابن أكثر من البنت وذلك فيما اذا مات شخص عن بنتين ،وبنت ابن ،واخت شقيقه ،وترك (١٨) فدانا ،فان مقدار الوصية لبنت الابن ثلث التركة وهو (٦) أفدنة ،وصية واجبة ،أما الباقي فيقسم بين البنتين والأخت الشقيقة ،فتأخذ البنتان الثلثان (٨) ،لكل واحدة منهما (٤) أفدنة ،وتأخذ الأخت الباقي وهو (٤) أفدنة[1]

... ...

---

(١) أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران الصفحات نفسها .

المبحث الثانـــــي

حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب عليها

وحكم الوصية بهذا المعنى هو ثبوت الملك للموصى له في الموصـي به ،متى تمت الوصية ،وتمامها .

اما بقبول الموصى له الوصية ،أو قبول وليه ان كان غير رشيـــد ، لأن القبول اما ركن كما عند الحنفية ،أو شرط كما هو رأى غيرهم من الفقهاء ،على ما سبق تفصيله في موضعه[1] ، غير أن القول بأن القبـول ركن أو شرط راجع الى حالة ما اذا كان الموصى له معينا ،ومن أهل التمليك كمحمد مثلا ،والموصى به عينا ،فاذا كان الأمر كذلك ،وقبـل الموصي له أو وليه الوصية بعد وفاة الموصي ،ولم يقم مانع يمنـــع من نفاذها ،فانه يملك الموصي به ملكا تاما من جميع الوجوه ،مـــن غير أن يتوقف على قبضه ،لأن الوصية ليست هبة من كل وجه ،حـــتى يتوقف الملك فيها على القبض ،ويورث عنه كسائر أمواله بعد وفاته .

واما بمجرد موت الموصي ،بدون توقف على قبول من أحد ،وذلـك فيما اذا كان الموصي له ليس من أهل التمليك معينا[2] كان كالجامـع

---

(١) وقد رجحنا القول بأن القبول شرط ،لا ركن ،وبينا وجه الترجيح كما قدمنا في هذا الموضع أيضا رأى زفر القائل ،بتمام الملكية بدون حاجة الى القبول ،معللا ذلك بأن الوصية خلافه ،والخلافة لا يحتاج فيها الي القبول كالميراث ،وقد ناقشنا هذا الرأى ،فى محله .

(٢) خالف الشافعية فيما اذا كانت الوصية لمعين وهو غير أهـــل للتمليك ،حيث اشترطوا لتمامها أن يقبل عنه ناظره ،أو من يلي أمـره وقد ذكرنا ذلك ايضا في موضعه من هذه الرسالة ،اثناء الكلام علـى الوصيـة للجهات ،وناقشناه .

الأزهر مثلا في القاهرة ،أو غير معين كالمساجد ،والمدارس ونحو ذلك من جهات البر والخير[1] ،أو كان من أهل التمليك ولكنه غير معين[2] كالفقراء أو طلبة العلم مثلا .

فلزوم الوصية بدون توقف على قبول أحد ،وقد توفرت شروطها وأركانها ،وزالت موانعها ،لزومها بالنسبة لمن هو غير أهل للتمليك ، كالجهات الخيرية كما ذكرنا ،راجع الى أن في الوصية لهذه الجهات انفاق للمال في سبيل النفع العام ،وهو مرغب فيه شرعا ،وتحسن المبادرة الى فعله من غير أن يتوقف على قبول أحد ،وقد ذكرنا ذلك في موضعه أثناء الكلام على الوصية للجهات .

وأما لزوم الوصية لمن هو غير معين من أهل التمليك ،كالفقراء مثلا أو قبيلة بني فلان ،وقد توافرت أركانها وشروطها ايضا ،ولم يوجد ما يمنع من نفاذها - لزومها بوفاة الموصي مصرا عليها ودخول الموصى به في ملك الموصى له ،من غير توقف على قبول أحد ،فذلك راجع الى أن القبول في هذه الحالة متعذر اشتراطه والحصول عليه

---

(١) وكالوصية التي أوجبها القانون .

(٢) تكلمنا على هذا النوع ،أثناء الكلام على الوصية لغير المحصورين ، وقلنا ان الفقهاء قد اتفقوا على جواز الوصية لهم ،وقلنا بأن هذا الجواز مطلق عند بعضهم ،ومقيد عند البعض الآخر بما يدل على أن الوصية لهذا النوع قربة ،كالوصية لفقراء مكه ،مثلا أو لفقراء المسلمين كما أشرنا في هذا الموضوع الى أن الحنفية قالوا بعدم صحة الوصية لغير المحصورين ما لم يقترن باللفظ ما يدل على الحاجة كأن يقول : " أوصيت لفقراء طلبة معهد كذا مثلا . وقد ناقشنا ما استدلوا به لذلك ،ورجحنا القول بجواز الوصية لغير المحصورين ذكر قيد الحاجة أو لم يذكر .

من الموصى لهم ،= فلم يكن شرطا ولا ركنا عند الجميع = اذ أنه ليس من الممكن جمعهم أو عرض الوصية عليهم ،حتى يتبين قبولهم أو رفضهم ،وليس من بينهم من تعين لها حتى يعتد بقوله رفضا أو قبولا ،ولذا فان ثبوت الملك لهم يتوقف على قبض كل واحد منهم

واذا كان الموصى به منفعة ،فان الأثر الذى يترتب على الوصية بها ،بعد تمامها مستوفية لشروطها هو الملك للموصى له ،غير أنه ملك ناقص له أن يستوفيه على الوجه الوارد في الوصية طول المدة المحددة لها ،سواء كانت سنوات معدودة أم مدة حياة الموصى له ،على أنه ليس لأحد من الورثة أو من غيرهم أن يملك منع هذا الاستيفاء ،ولكن اذا انتهت المدة عادت العين الى ملك الورثة وبذلك يكمل ملكهم.(١)

....

---

(١) أنظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٤٠، ٤٤١ ،وانظر: شرح قانون الوصية ص ٢٨ ،وانظر : التركة ص ١٥٦ ،ومابعدها . وانظر: أحكام الوصايا للأستاذ شلبى ص ٢٣٣ .

الفصل الثاني

مبطلات الوصية ، وفيه مباحث : -

الفصل الثانــي

في مبطلات الوصيــــة ،وفيه مباحث :-

يحسن بنا قبل أن نتكلم على مباحث هذا الفصل أن نشير الــى أننا قد بينا فيما تقدم أن الوصية اذا وقعت مستكملة لشروطهـــا وأركانها ،صارت صحيحة غير لازمة = ما لم تكن واجبة = ،والا فانــه يجوز لمنشئها الرجوع عنها في أى وقت شاء ،فان مات مصرا عليهــا ولم يوجد ما يبطلها ،وقبلها الموصى له بعد وفاة الموصي ،فانهـــا تنفذ وترتب عليها آثارها .

غير أنه قد يحدث لها ما يؤثر في نفاذها ،ومن ثم يكون سببـا في الغائها ،وهذا ما سماه الفقهاء بمبطلات الوصيــة .

وبما أن ما يبطل الوصية قد يأتي من جهة الموصي أحيانا ،وقـــد يأتي من جهة الموصى له أحيانا أخرى ،كما قد يأتي من جهة الموصـي به نفسه .

لذا ،فقد عقدت لكل مبطل مبحثا مستقلا جعلته على النحو التالي :

المبحث الأول

فيما يبطل الوصية من جهة الموصي

تبطل الوصية من جهة الموصي بالأمور التالية : -

الأمر الأول :

زوال أهليته بالجنون المطبق اذا اتصل بالموت ، وذلك أن الوصية عقد غير لازم يجوز لمنشئها الرجوع عنها في أى وقت شاء ، ومن زالت أهليته بطلت وصيته مراعاة لحقه ، لأنه لو لم يصب بهذا الجنون الذى اتصل بموته ، لكان بامكانه الرجوع في وصيته ، ولأن شرط بقاء وصيته صحيحة في حقه موته مصرا عليها ، الا أن موته على هذه الحالة ، لا يحقق اصراره عليها حتى الموت ، فتكون باطلة وقد أخذ قانون الوصية بذلك فى مادته (١٤) .

فان كان الجنون غير مطبق ، أو كان مطبقا لكنه لم يتصل بالموت، فان الوصية صحيحة .

وقد سبق الكلام علي هذه المسألة بصورة مفصلة عند الكلام على المبحث الأول في شروط الموصي .

الأمر الثانى : ردته عن الاسلام .

وقد فصلنا القول في ذلك عند الكلام على وصية المرتد ، واخترنا بعد عرض أقوال الفقهاء في ذلك ، القول ببطلان الوصية اللاحقة على الردة فيما اذا كان المرتد فطريا ، وأما اذا كان المرتد مليا ، فقد قلنا ان من الملائم اعتبار صحة وصيته مع وقف نفاذها حتى نتبين ما سيؤل اليه أمره ، فان رجع الى الاسلام اعتبرناها

نافذة ،والا فتبطل ،وقلنا انه بهذا الحكم تشترك المرتدة مع المرتد الملي سواء كانت مرتدة عن فطرة أو عن ملة .

الأمر الثالث : رجوعه عن وصيته

من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء[1] أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي ،وبناء على ذلك ،فانه لو رجع عن وصيته كلها أو بعضها كان ذلك منه جائزا ،وذلك لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت ،فلم يتعلق بها حق الموصى له في حال الحياة ولذا فان رجوعه عنها في حياته لا يترتب عليه الحاق ضرر بأحد .

هل هناك صيغة خاصة للرجوع عن الوصية ؟

ليس هناك صيغة خاصة للرجوع عن الوصية ،بل انه يتحقق بكل ما يدل على اعراض الموصي عن وصيته سواء كان ذلك بطريق النص والتصريح ،أو كان ذلك بطريق الدلالة ،حسبما دلت عليه القرائن أو تعارف عليه الناس .

ولهذا ،فان رجوع الموصي عن وصيته قد يكون تارة صريحا وأخرى غير صريح .

فالصريح : ما ورد بلفظ يدل على ذلك وضعا ،كتوله : " عدلت عن وصيتي ،أوفسختها ،أو أبطلتها ،أو رغبت عنها ،أو تركتها ، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان ،أو لورثتي ،فهذا يعد منه رجوعا صريحا عن وصيته .

---

(١) انظر : المغني مع الشرح ،فقد ذكر ابن قدامة اجماع الفقهاء على جواز رجوع الموصي عن وصيته كلها أو بعضها ثم قال الا الاعتاق ، ولكن أكثر الفقهاء قال بجواز الرجوع في الوصية به . انظر: ٦/ ٤٨٥ ،وانظر: تحفة المحتاج ٧/ ٧٦ .

وغير الصريح : مادل على ذلك بطريق الدلالة واللزوم ، سواء كان ذلك بقول من الموصي ، كقوله : " وهبت هذا الشيء الموصي به ، أو تصدقت به ، أو اني راغب في بيع ما أوصيت به أو بفعل منه كأن يوصي لآخر بشاة فيذبحها ، أو يوصي بقطعة من القطن ثم يقوم بنسجها ، أو بقطعة من الذهب أو الفضة فيصوغها حلياً ، فهذا كله يدل بطريق اللزوم على رجوعه عن وصيته .

وقد أشار الكاساني[1] الى هذا التقسيم فقال : " ثم الرجوع قد يكون نصا ، وقد يكون دلالة ، وقد يكون ضرورة ، أما النص ، فهو أن يقول الموصي رجعت ، أما الدلالة ، فقد تكون فعلا ، وقد تكون قولا ، وهو أن يفعل في الموصي به فعلا يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع ، ثم قال : " وبيان هذه الجملة أنه اذا فعل في الموصي به فعلا لوفعله في المغصوب لانقطع به ملك المالك كان رجوعا كما اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا أو قباء أو بقطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسجه ، أو بحديدة ثم صنع منها اناء أو سيفا أو سكينا ، أو بفضة ثم صاغ منها حليا ، ونحو ذلك لأن هذه الأفعال لما أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك ، فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أولى ... " .

ثم ان الفقهاء مع اتفاقهم على تقسيم الرجوع الى صريح وغير صريح فقد اختلفوا ، فيما يتحقق به الرجوع بطريق الدلالة من الأفعال والتصرفات . فالذي ذهب اليه فقهاء الحنفية[2] هو التوسع في دائرة ما يتحقق به

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣٧٨ .

(٢) انظر: المصدر السابق ، وانظر: رد المحتار الى الدر المختار ==

الرجوع من هذه الأفعال دلالة حيث قالوا : انه يتحقق بكل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به ،كطحن البر وغزل القطن أو يكون استهلاكا له كأن يكون الموصى به حيوانا فيفرقه ،أو آنية فيكسرها ،أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها ،كما اذا أوصى بقطعة أرض فبناها منزلا ،أو زرع فيها بستانا ،أو أوصى بدقيق فلته بسمن [1] ،أو يكون خلطا للموصى به بغيره بحيث يكون تمييزه متعذرا [2] ،كأن يكون الموصى به برا فيخلطه بشعير ،كما يتحقق بتغيير الموصى به حتى يزول اسمه ،ومعظم صفاته سواء كان هذا التغيير بفعل الموصى أو بلا بفعل من أحد [3].

== ٦٥٨/٦ ،وانظر : تبيين الحقائق ١٨٦/٦ ،وانظر : الفتاوى الهندية ٩٢/٦ ، ٩٣ ،وانظر: المغني مع الشرح ٤٨٥/٦ وما بعدها

(١) وذلك لأن اقدامه على مثل هذه الزيادة بالموصى به ،تعتبر زيادة لازمة ومستقره ،يختص بها في حياته ،وتنتقل بعد وفاته الى ورثته ،فدل ذلك على احتفاظه بمحلها لنفسه ،حيث لا يمكن تسليمه بدونها ،وذلك يعد رجوعا منه عن وصيته . أما ان كانت هذه الزيادة مما يمكن فصلها ،فانها لا تؤثر في الموصي به ،وكذلك اذا كانت زيادة في التابع ،كتجصيص الدار ،لأنها تعد تصرفا في التابع ،كهدم بناء الدار الموصى بها وغسل الثوب الموصى به ،فهذا كله لا يعد رجوعا في الوصية . انظر : المصادر السابقه

(٢) لأنه بذلك يمتنع تسليمه ،فصار في حكم الاستهلاك ،بخلاف مالو خلطه بجنسه وكان الموصى به مثله في الجوده ،أو أجود منه ،فهذا لا يعد منه رجوعا .. " ينظر : المصادر السابقة .

(٣) التغيير بلا فعل من أحد هو الذى قال عنه الكاساني انه رجوع بطريق الضرورة ،ومثل له ،بما اذا أوصى بهذا العنب فصار زبيبا ،أو بهذا السنبل فصار حنطة ،وقد علل ذلك بأن هذا التغيير الحادث في ==

وقد وافق الحنفية فيما ذهبوا اليه الشافعية[1] والحنابلة ، بل انهم قد توسعوا أكثر من الحنفية فيما يتحقق به الرجوع من هذه الأفعال دلالة ، حيث اعتبروا بعض التصرفات التي تصدر من الموصي رجوعا عن وصيته ، في حين لم ينص فقهاء الحنفية عليها ، ومن هذه التصرفات أن الموصي اذا عرض الموصى به للبيع ، أو أوصي ببيعه ولم يبع ، أو أوصى بهبته أو رهنه ولم يرهن ولم يوهب أو وكل شخصا بشئ منها ، لاعتبر ذلك منه رجوعا عن وصيته .

وأما المالكية فقد خالفوا غيرهم من الفقهاء ازاء ما يعتبر من الأفعال التي يتحقق بها رجوع الموصي عن وصيته ، دلالة ، اذ لم يتوسعوا فيها ، بل ضيقوا دائرتها لتقتصر على فعل الموصي الذى يكون فيه استهلاكا للموصى به ، أو تغييره تغييرا تاما ، أو اخراجه عن ملكه بشرط عدم رجوعه اليه مرة أخرى ،

== حياة الموصي يجعل الموصى به شيئا آخر غير ما أوصى به مما يتعذر معه تنفيذ الوصية فيثبت الرجوع ضرورة فتبطل الوصية ، قال ذلك بعد أن قسم الرجوع الى ثلاثة أقسام : ١- رجوع قولي صريح . ٢ - رجوع فعلي أو دلاله ، ٣ - رجوع ثابت بطريق الضرورة ، وقد وافق الحنفية في الحكم ببطلان الوصية بهذا التغيير الحنابلة ، فقد ورد في المغني : " واذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعا أوانهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها ، لأن الباقي لا يتناوله الاسم وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها ، لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار في الوصية مايتبعها في البيع " انظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، وانظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٨٧ ، وانظر أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٧٧ .

(١) انظر : المصادر السابقة ، وانظر : تحفة المحتاج ٧/ ٧٦ ومابعدها .

ولو بسبب جديد[1] ،ولم يعتبروا ما سوى ذلك من الأفعال التى تصدر من الموصي رجوعا عن وصيته ،بل تبقى وصيته صحيحة اذا فعلها ،كأن يقوم بخلط الموصى به بغيره على أى وجه ،أو يقوم بفعل يوجب الزيادة فيه ،بل لو لم يقم بشيء من ذلك ،وتغير الموصى به بنفسه من غير صنع أحد ،فان الوصية به تبقي صحيحة عندهم ،والى هذه التفرقة أشار الاستاذ[2] شلبى قائلا : " فهم يفرقون بين تغير الموصى به حتى يزول اسمه اذا كان بفعل الموصي ،وبين ما اذا كان بدون فعله فيجعلون الأول رجوعا دون الثاني بدليل تمثيلهم لما يكون رجوعا بما اذا أوصى بفضة فصاغها ،أو بقماش ففصله ثوبا ولبسه ،أو بغزل فنسجه أو بزرع فحصده ودرسه وصفاه " .

ثم حاول أن يلتمس توجيها لمسلكهم هذا فقال[3] : " ولعل تضييق المالكية هذا راجع الى أنهم توسعوا أكثر من غيرهم في طريقة انشاء التبرعات ومنها الوصية ،فجوزوها بالمعدوم وللمعدوم مطلقا ،ولم يشترطوا في صحتها القدرة على تسليم محل العقد ،كما جعلوا الأصل في تلك التبرعات عدم جواز الرجوع فيها ،ولما اضطروا الى تجويزه في الوصية لم ينسوا أصولهم السابقة ،فاعتبروا الوصية بعد وجودها صحيحة قائمة حتى يوجد ما يدل على بطلانها دلالة قوية من قول صريح ،أو عرف صحيح ،أو قرينة واضحة " .

---

(١) وفي ذلك فقد ورد في الشرح الكبير ٤/ ٣٨٢ ، ٣٨٣ ،أن بيع الموصي به يبطل الوصية ،وفيه اذا أوصى بشيء معين فباعه ثم اشتراه أو ملكه ولو بارث له فلا تبطل وأخذه الموصى له " .

(٢) انظر : المرجع السابق ،وانظر : أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ص٢٧٨

(٣) المصدر السابق .

مسلك قانون الوصية المصرى في الرجوع عن الوصية :

وافق قانون الوصية المصرى جمهور الفقهاء فيما ذهبوا اليه من القول بجواز رجوع الموصي عن وصيته كلها أو بعضها ، حال الحياة لكونها عقد غير لازم ،وأن هذا الرجوع كما يكون بلفظ صريح يكون بما يدل على معناه ،وأنه متى رجع الموصي عن وصيته صراحة أو دلالة ،كان ذلك مبطلا لها ،جاء ذلك واضحا في مادته (١٨)[1] ،والتي نصت على أنه : " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ،ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به " .

ولبيان ما اشتملت عليه هذه المادة نقول :-

أما الفقرة الأولى ،فقد قررت كما ذكرنا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من أنه يجوز للموصي الرجوع عن وصيته كلها أو بعضها حال الحياة سواء كان رجوعه صريحا ،كقوله : "رجعت عن وصيتي أو عدلت عنها ،أو كل وصية أوصيت بها فهي باطلة ،أو يقول الذى أوصيت به لعمرو فهو لزيد ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة ،أو كان ذلك دلالة ، وهذا يتناول ما يصدر من الموصي من أقوال تدل بطريق اللزوم على رجوعه عن وصيته ،كمساومته في بيع الوصية ،أو توكيله في بيعها ،أو اخراجها عن ملكه ببيع أو هبه ،ونحو ذلك ،كما يتناول ما يأتيه الموصي بنفسه من فعل في الموصى به يدل على رجوعه ، كذبحه ان كان حيوانا ،واتخاذه ثوبا ان كان قماشا ،وجعله خبزا

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٥ .

ان كان دقيقا ،واقدامه على اتلافه ان كان آنية ،أو قيامه بخلط الموصي به بغيره بحيث يتعذر تمييزه كبر بمثله ،أو لم يتعذر تمييزه، ولكن بعسر كشعير ببر ،لأنه بذلك يكون مستهلكا له .

أما الفقرة الثانية ،فقد قررت أن كل فعل أو تصرف يصدر من الموصي يدل على أنه قد رجع عن وصيته بقرينة أو عرف ،فان ذلك يعد رجوعا تبطل به الوصية ،وهذا لا ينفي أن من أفعال الموصي ما يدل بذاته على ذلك ،كاستهلاكه الموصى به ،فان دلالته على الرجوع أقوى من دلاله غيره بعرف أو قرينة ،في حين أنه يوجد من الأفعال ما قد يعرى عن قرينة ،أو عرف تجعله دالا على رجوع الموصي عن وصيته ،ثم هو بنفسه لا يدل على ذلك ،وذلك كتجصيص الدار الموصى بها ،وسكنى الموصى بها وهو في حاجة الى ذلك ،ومثل هذا النوع من الأفعال لا يعد رجوعا في نظر الفقهاء اتفاقا .

أما الفقرة الثالثة ،فقد قررت بأن من التصرفات ما يعد رجوعا بذاته عن الوصية ،ومن غير حاجة الى الاستعانة في ذلك بقرينة ،أو عرف وذلك كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به .

فاذا قام الموصي ببيع العين الموصى بها أو هبتها ،فان ذلك يعتبر رجوعا عن الوصية ،فتبطل به لزوال ملك الموصي عنها ،حتى لوملكها بعد ذلك بالشراء أو بالرجوع عن الهبة ،فان العين الموصي بها لا تعود وصية الا بانشاء جديد ،أما اذا كان لا يترتب على هذا التصرف زوال الملكية كالاجارة والاعارة فلا يعتبر رجوعا[1] .

---

(١) انظر : احكام الوصية للشيخ علي الخفيف ص ٢٢٧ ،ومابعدها .
وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٩٣ .

ومن هذا البيان لتلك يتضح أنها قد اعتمدت في أحكامها على ما ذهب اليه الحنفية ومن وافقهم من الفقهاء .

الأمر الرابع : جحود[1] الوصية

من بين الأفعال التي اختلف فيها نظر الفقهاء من حيث كونها تدل على الرجوع أو لا تدل عليه ،" جحود الوصية " .

فحين يذهب فريق من الفقهاء الى اعتبار جحود الوصية رجوعا عنها يذهب فريق آخر الى عدم اعتباره كذلك[2].

ولكي نستوضح هذا الخلاف نقول ما المراد بهذا الجحود ؟ وجوابا عن ذلك نقول : ـ

جحود الوصية يتناول أحد معنيين ، اما نفيها في الحال ، واما نفيها في الماضي والذى يقرر ذلك عبارة الموصي نفسه ، فاذا قال : " ليس لي في ذلك وصية منذ الآن " كان ذلك نفيا للوصية في الحال ، وهذا القول من الموصي وما شابهه يعد رجوعا عن وصيته ، لأن فيه نفيا لبقاء الوصية في المستقبل ، ونفي البقاء والاستمرار هو الرجوع بعينه فكان رجوعا .

وأما اذا قال : " لا أعرف هذه الوصية ، أو قال : " أنا لم أوصي بشيء أو قال أمام الشهود " اشهدوا أني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير "

---

(١) الجحود لغة معناه الانكار مع العلم ، يقال جحده حقه وبحقه جحدا وجحودا ، أنكره ، وبابه قطع وخضع ، والجحد قلة الخير .
انظر : مختار الصحاح ص ٩٣ هـ ، مادة (الجحود) وانظر: المصباح المنير ١/ ٩١ هـ ، مادة (جحده) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠ ، وانظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦ ، وانظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٨٨ .

فهذا القول منه يعتبر نفيا للوصية في الماضي ، وهو ما اختلف فيه الفقهاء من حيث اعتبار صدوره من الموصي رجوعا في وصيته ، أو عدم اعتباره رجوعا فيها .

فذهب فريق من الفقهاء الى اعتبار هذا القول من الموصى رجوعا منه في وصيته ، وذلك أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها ، وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق ، وبثبوت حكمه ، والجحود في معناه ، اذ أنه يدل على عدم الرضا بالوصية لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به ، وبثبوت حكمه ، فيتحقق فيه معنى الفسخ ، واذا اتحد المقصد فيهما ، فلابد من اتحاد المعنى ، فيكون الجحود رجوعا ، ولأن الجحود نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر ، فكان في دلالته على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع لأن الرجوع نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط ، فكان أولى أن يكون رجوعا ، لأنه أبلغ في نفي الوجود ، يؤيد هذا المعنى أن انكار الموكل للوكالة يعد عزلا للوكيل ، وانكار المتبايعين للبيع يعد اقالة ، فكذلك انكار الوصية يعد رجوعا عنها .

وذهب فريق آخر من الفقهاء الى عدم اعتبار جحد الوصية بمعنى نفيها في الماضي رجوعا عنها ، وذلك أن الرجوع عن الوصية يستدعي سبق وجودها ، وفي الجحود انكار لوجودها في الماضي ويلزم منه انكارها في الحال والمستقبل ، ولأن انكار الوصية بعد وجودها في الماضي كذب محض ، فكان باطلا لا يتعلق به حكم

ولذا فان الوصية تبقى صحيحة كما هي[(١)].

وبالموازنة بين أدلة الفريقين ،فانه يترجح القول الأول لأن انكار الموصي لوجود الوصية مطلقا يدل على أنه لا يريد تنفيذها ومن ثم فانه لا يرغب في ايصال الموصى به الى الموصى له ،فعبر عن قصده أبلغ تعبير[(٢)].

---

(١) هذان الرأيان منصوص عليهما في مذهبي الحنفية والحنابلة ،فقد ورد في كتب الحنفية اذا جحد الموصي وصيته كان ذلك منه رجوعا عنها وهكذا ذكر في الأصل دون اشارة الى خلاف في ذلك ،وورد في الجامع : اذا أوصى بثلث ماله لرجل ،ثم قال بعد ذلك : " اشهدوا اني لم أوص لفلان بقليل ولا بكثير - لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان ،ولم يشر الى وجود خلاف في ذلك ،وذكر المعلي في نوادره: قال أبو يوسف في رجل أوصى بوصية ،ثم عرضت عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية ،قال هذا رجوع منه ،وكذلك اذا قال : لم أوص بهذه الوصية قال : وسألت محمدا عن ذلك ،فقال : لا يكون الجحد رجوعا ،ثم أشار بعد ذلك الى مسألة الجامع السابقة .

وذكر صاحب المبسوط : أن الأصح أن الجحود يعد رجوعا عند ابي يوسف ،ولا يعد رجوعا عند محمد ،وعبارة الأصح تدل على وجود خلاف في ذلك ،انظر : المصادر السابقة ،وانظر: المبسوط ٢٧ /١٦٣ والفتاوى الهندية ٦ /٩٣ .

وورد في المغني لابن قدامة : " ان جحد الوصية لم يكن رجوعا في أحد الوجهين وهو قول أبي حنيفة في احدى الروايتين ،لأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود .

والثاني : يكون رجوعا ،لأنه يدل على أنه لا يريد ايصاله الى الموصى له . انظر: المغني مع الشرح ٦ /٤٨٨ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير الجزء والصفحة نفساهما .

مسلك قانون الوصية المصرى :

أخذ قانون الوصية المصرى بالرأى الذى لا يعتبر الجحود رجوعا عن الوصية ،الا أنه قيده بما اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي قد تعمد هذا الجحود ،قاصدا به الرجوع عن وصيته .
وبذلك يكون قد وقف موقفا وسطا بين الرأيين ،وقد جاء ذلك صريحا في مادته (١٩) والتى نصت[١] على أنه : " لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحدها ... الا اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية " .

... ...

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٣٢ ، ٢٧٦ .

المبحث الثانـــي

فيما يبطل الوصية من جهة الموصي له

تبطل الوصية من جهة الموصى له بالأمور التالـية : -

١ - موتـه قبل موت الموصي ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[(١)] ، فقـــد روى ابن قـدامة القول[(٢)] بـه عن علـي[(٣)] - رضي الله عنه - وبه قال

---

(١) انظر: المغني مع الشرح ٦/ ٤٣٥ ، وانظر: تبيين الحقائق ٦/ ١٨٤ ، وانظر: مواهب الجليل فقد جاء فيه : " أن وفاة الموصى له تبطـل الوصية له علم الموصي بموته أم لم يعلم ، ٦/ ٣٦٧ ، وانظر: السـراج الوهاج ص ٣٤٠ ، فقد جاء فيه : " فان مات الموصى له قبل الموصى بطلت . . " .

(٢) وقال الحسن " تكون لولد الموصى له ، وقال عطاء : " اذا علم الموصي بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئا فهو لوارث الموصى لـه لأنه مات قبل عقد الوصية ، فيقوم الوارث مقامه ، كما لو مات بعد مـوت الموصى وقبل القبول " ويمكن مناقشة ذلك بأن يقال ان مثل ما قال به عطاء والحسن لا يتفق مع واقع الوصية عند انشائها للموصى له لا لولده ولا لورثته ، وقد كان هذا هو الفرض الظاهر للموصى فيجب مراعاتـه انظر: المغني مع الشرح ٦/ ٤٣٥ ، وأحكام الوصية للشيخ على الخفيف ص ٢٥٣ .

(٣) هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشـي أمير المؤمنين ، ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشريـن بالجنة ، وابن عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وصهره .
* ولد بمكة سنة ٢٣ قبل الهجرة ، ويعتبر علي - رضي الله عنه - من أكابر الخطباء والعلمـاء ، ومن أجلاء فقهاء الصحابة ، كما أنـه أول الناس اسلاما في قول كثير من أهل العلم ، فقد روى عنه أنه قـال
==

الزهرى وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي والحنفية.
وذلك لأنها عطية صادفت المعطي ميتا ، والميت غير أهل للتمليك ، فلا يصح صرفها اليه ، كما لو وهب ميتا ، وكذلك تبطل لو مات قبل القبول ، لكونها تصرف مضاف لما بعد الموت[1] وان قيل بصحتها في هذه الحالة - كما هو رأى الحنفية[2] - فلأنها عطية صادفت حيا ، فلم تكن مثل ما اذا مات الموصي له قبل موت الموصى[3].

== بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الى اليمن ، فقلت يارسول الله أتبعثني وأنا شاب وهم كهول ولا علم لي بالقضاء ، قال : انطلق فان الله - عز وجل - سيهدى قلبك ويثبت لسانك ، قال علي : فوالله ما تعاييت في شئ بعد ، وروى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : خطبنا عمر رضي الله عنه فقال : علي أقضانا . . . "
وروى عن الحسن أنه قال : جمع عمر - رضي الله عنه - أصحاب النبى - صلى الله عليه وسلم - ليستشيرهم وفيهم علي فقال : قل فأنت أعلمهم وأفضلهم " ، وقد ولي الخلافة بعد مقتل عثمان - رضي الله عنه - سنة ٣٥ هـ ، وأقام بالكوفة دار خلافته الى أن قتله عبد الرحمن ابن ملجم المرادى غيلة صبيحة ليلة الجمعة ١٧ رمضان سنة ٤٠ هـ ، وهو ابن ثمان وخمسين سنة ، وقيل ابن ثلاث وستين سنة وكانت خلافته أربع سنين وتسعة أشهر وأياما .
* انظر : طبقات الفقهاء ص ٤١ ، ٤٢ وانظر : الاستيعاب ٣ / ٢٦ ، ٦٨ ، وانظر : الاصابة ٢ / ٥٠٧ ، ٥١٠ ، الأعلام ٥ / ١٠٧ ، ١٠٨ .

(١) انظر : المغني مع الشرح ٦ / ٤٣٥ .
(٢) انظر : الفتاوى الهندية ٦ / ٩٠ .
(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦ / ٤٣٥ .

وبما ذهب اليه الجمهور ،أخذ به قانون الوصية المصرى ، فقد قرر في مادته[1] (١٤) " بأن الوصية تبطل بالنسبة للموصي له اذا مات قبل الموصي " .

٢ - تعذر وجود الموصى له فيما اذا كانت الوصية لجهة غير موجودة ولكنها ستوجد في المستقبل ،وقد قلنا فيما سبق ان ذلك هو مذهب مالك ،الذى يجيز الوصية للمعدوم الذى يمكن تحقق وجوده في المستقبل ،وأن قانون الوصية المصرى قد أخذ به في مادته الثامنة[2] ،والتى نصت على أنها : " تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ،فان تعذر وجودها بطلت الوصية " .

ولذلك فقد علق[3] الشيخ علي الخفيف على امكان اعتبار هذا السبب مبطلا للوصية ،أو عدم امكان اعتباره كذلك بقوله :

وهذا السبب انما يظهر مبطلا للوصية على القول بصحة الوصية للمعدوم ،وهو مذهب مالك الذى أخذ به القانون ،أما على رأى من يرى أن الوصية للمعدوم باطلة ،فلا يكون لهذا السبب محل ،لأن الوصية له قد نشأت باطلة ابتداء ،وبناء على ذلك اذا أوصى شخص لجهة معينة من جهات البر التى ستوجد مستقبلا صحت الوصية ،فاذا تعذر وجودها بعد وفاة الموصي بطلت الوصية ،كما قضت بذلك المادة الثامنه من القانون " .

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٥ .

(٢) المصدر السابق ص ٢٧٤ .

(٣) انظر : أحكام الوصية ص ٢٥٤ .

٣ - قتل الموصى له الموصي ، وقد فصلنا القول في ذلك عند الكلام على الوصية للقاتل ، واخترنا بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم ، الرأى الذى يقول باعتبار القتل بعد صدور الوصية مؤثرا فيها فيبطلها ، وعدم اعتباره مؤثرا قبلها ، فتبقي صحيحة عمدا كان ذلك أو خطأ .

وبينا وجاهة هذا الرأى ، كما بينا ما أخذ به قانون الوصية المصرى من هذه الأقوال .

٤ - رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي فهذا مبطل لها باتفاق جمهور الفقهاء ، وأما رده للوصية بعد قبوله فقد قلنا ان فيه رأيان : -

<u>الرأى الأول</u> : يفرق بين أن يكون الرد حصل بعد القبول والقبض أو يكون حصل بعد القبول وقبل القبض ، فان كان الرد حدث بعد القبول وبعد القبض ، فلا يصح ، وان كان الرد حصل بعد القبول وقبل القبض ، فعند بعض الفقهاء يصح الرد ان كان الموصى به مكيلا أو موزونا ، ولا يصح ان كان الموصى به غير مكيل ولا موزون ، في حين يرى فريق آخر من هؤلاء أن في ذلك وجهان :

احدهما : عدم صحة الرد على الأصح عندهم .

والثاني : صحة الرد من غير تفرقة بين مكيل أو موزون وغيرهما .

<u>أما الرأى الثاني</u> : فيقول بصحة الرد من الموصى له للوصية بعد قبولها سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده ، وسواء كان الموصى به مالا مثليا أو قيميا ، ويعتبر أن هذا الرد من الموصى له فسخا للوصية ، ولكن بشرط أن يقبل منه الورثة ذلك كلهم أو بعضهم

وقد انتهينا بعد عرض هذه الأقوال وأدلتها ومناقشتها ، الى ترجيح الرأى القائل بعدم صحة الرد بعد القبول ، وان لم يوجد قبض ، كل ذلك تقدم موضحا عند الكلام على "رد الوصية من الموصى له " في المبحث الرابع من الفصل الأول من الباب الثاني .

هذا بالنسبة للرد بعد موت الموصي ، وأما رده للوصية قبل موته فقد قلنا انه لا عبرة به عند جمهور الفقهاء ، فله أن يقبلها بعد وفاته ، وقد بينا بعد ذلك موافقة قانون الوصية المصرى ، لما ذهب اليه الجمهور من عدم العبرة برد الوصية في حياة الموصي ، وأخذه بما ذهب اليه من يقول بصحة رد الموصي له للوصية بعد قبولها ، كل ذلك جاء صريحا فى مادته (٢٤) ، وقد سبق ايرادها .

... ...

المبحث الثالث

فيما يبطل الوصية من جهة الموصي به

تبطل الوصية من جهة الموصى به بأمرين[1] :

الأول : بهلاك الموصى به كله أو بجزء شائع منه قبل قبول الموصى له اذا كان معينا بالذات أو بالنوع، وذلك لزوال محل الوصية، اذ لا بقاء لوصية في شيء قد انعدم .

الثاني : باستحقاق الموصى به كله أو بجزء منه ولو بعد تملك الموصى له للموصى به، لأن الأمر تبين بعد الاستحقاق أن الموصي قد أوصى بما ليس في ملكه، ووصية الانسان بما لا يملك باطله .

ونشير هنا الى أن هلاك الموصى به أو استحقاقه كله أو بعضه له صور أوردها قانون الوصية المصرى فى مواد ٤٧، ٤٨، ٤٩، نبينها على الوجه الآتي : -

الصورة الأولى : أن يوصي بجزء شائع في كل ماله، كأن يوصي مثلا بثلث ماله أو ربعه، فان الوصية في هذه الحال تتعلق بماله الموجود وقت وفاته، لا وقت انشاء وصيته، فلا أثر للهلاك الذى يصيب المال كما لا أثر للاستحقاق الذى يتعلق ببعضه في الوصية قبل الوفاة، فلو كان ماله وقت انشاء الوصية قيمته ٩٠٠٠ دينار، فلا يكون الثلث الموصي به والواجب تنفيذه هو ثلاثة آلاف دينار، ولكن ننظر الى أموال الموصي وقت وفاته، فيأخذ الموصى له ثلثها، سواء زادت أو نقصت، فان زادت أمواله الى خمسة عشر ألف، فان الموصى له يستحق خمسة آلاف دينار، وان نقصت أمواله الى ستة آلاف دينار،

---

(١) انظر : الوصية للاستاذ البرديسي ٩٠/١٥٤ .

استحق ثلثها الفي دينار .

لكن لو هلك كل مال الموصي الموجود وقت انشاء الوصية ،أواستحق ولم يستفد غيره قبل الوفاة ،بطلت الوصية ،لفوات محلها ،فان استفاد غيره قبل وفاته ،تعلقت به الوصية .(١)

الصورة الثانية : اذا كان الموصى به سهما شائعا في نوع معين ،كأن يوصي بثلث غنمه ،وكان يوجد عنده وقت انشاء الوصية غنم كثيره فان الوصية في هذه الحالة تتعلق بهذه الغنم جميعها ،فلو هلكت جميعها بطلت الوصية ،ولا عبرة لما يملكه من غنم غيرها وان هلك بعضها كان للموصى له ثلث الباقي مادام يخرج من ثلث التركة ،والا أخذ منه مقدار ما يخرج من الثلث ،واذا لم يكن عند الموصي شيء من هذا النوع حين الوصية ،كان للموصى له ثلث الموجود في ملك الموصي عند الوفاة .

وهذا ما ذهب اليه زفر من الحنفية ،وهو الذى أخذ به القانون. في حين ذهب أبو حنيفة ،وصاحباه الى أن الموصي له يأخذ كل وصيته من الباقي ،متى كانت تخرج من ثلث التركة ،فلو أوصى له بثلث غنمه ،فهلك ثلثاها ،كان للموصى له الباقي عندهم ،وعند زفر يأخذ ثلث الثلث ،لأنه يرى أن النوع الموصى بسهم منه مشترك بين الموصى له وبين الورثة ،فما هلك يهلك على الكل ،والباقي يكون بينهم مشتركا ايضا .

ويرى الامام أبو حنيفة ،وصاحباه أن الهلاك في المال المشترك يلحق الكل اذا استوت حقوق الشركاء ،والحقوق هنا متفاوته ،فحق الموصى

---

(١) انظر : المصدر السابق ،وانظر: أحكام الوصايا للأستاذ شلبى ص١٦٦ وتبيين الحقائق ٦/١٨٩ .

له مقدم على حق الورثة ،لأن الوصية مقدمة على الميراث،فيصرف الهالك الى الحق المتأخر ،وهو حق الورثة ،ويأخذ الموصى له حقه كاملا ،وصار كمن أوصى بعشر من الغنم ،فهلكت الغنم كلها ، ولم يبق منها الا عشر ،فان الموصي له يأخذها اذا خرجت من الثلث .

وهذا الخلاف فيما اذا كان النوع الموصى بسهم منه مثليا ،أما اذا كان قيميا ،فانه لا خلاف بينهم ،بل انهم متفقون على أن الموصى له يستحق حصته من الباقي[1] .

الصورة الثالثة : اذا أوصى بعدد محدد من نوع معين من ماله ،فقد اعتبر القانون الوصية في مثل هذه الحالة كالوصية بسهم شائع في النوع بمعنى أنه اذا هلك النوع كله بطلت الوصية،واذا هلك بعضه فقط ،كان له سهمه في الباقي .

وهذا الرأى الذى أخذ به قانون الوصية المصرى مستمد من رأى ابن الماجشون من فقهاء المالكية ،كما ذكرت ذلك المذكرة التفسيرية وقد عللت ذلك بأنه أيسر وأعدل ،ولم يأخذ في هذه الحاله بمذهب الحنفية الذى يجعل للموصى له العدد الموصى به ،أو ما يبقي اذا كان الباقي أقل منه ،فلو أوصى بعشر من غنمه ،وكان له وقت انشاء الوصية مائة شاة ،فانه على رأى ابن الماجشون ،والذى أخذ به القانون ،يكون للموصى له عشر الغنم ،ولو هلك منها خمسون كان له عشر الباقي وهو خمسه ،وأما على رأى الحنفية ،وهو ما لم يأخذ به القانون ،يكون للموصى له عشر من الخمسين التى بقيت من أصل مائة رأس ،حتى لو هلكت كلها ،ولم يبق منها الا عشر

---

(١) المصادر السابقة .

أو أقل أخذها مادامت تخرج من ثلث التركة ، وذلك لأن في تحديد الموصي للموصى به بعدد ما يدل على قصد تمليك الموصى له ذلك العدد دون ملاحظة ، للنسبة ، والا لقال نصف غنمي أو خمسها[1]. وفي ذلك تحقيق لغرض الموصي ، حيث كان يقصد الوصية بهذا العدد ولو كان يريد الوصية بسهم من هذا النوع لقال : " أوصيت بعشر هذا النوع لوضوح دلالته[2] على غرضه .

<u>الصورة الرابعة</u> : اذا أوصى بنوع من أمواله ، كأن يوصي بغنمه أو خيله ، فان الوصية تتعلق بالموصي به من هذا النوع ان كان موجودا عنده وقت انشاء الوصية حتى أنه لو هلك ماعنده ، أو استحق بطلت الوصية لزوال محلها ، واذا هلك بعضه أو استحق ، فان الوصية تبطل في القدر الهالك أو المستحق ، وتصح في الباقي جميعه اذا خرج من الثلث والا فبقدره[3] .

<u>الصورة الخامسه</u> : اذا كان الموصى به عينا بذاتها ، كأن يوصي رجل لآخر بهذه الدار ، فان الوصية في هذه الحالة تتعلق بهذه الدار ، بحيث لا يمكن صرفها الى غيرها ، فتبقى الوصية ما بقيت العين الموصي بها ، فان هلكت كلها بطلت الوصية ، لفوات محلها أما ان هلك بعضها ، بطلت الوصية فيما هلك ، ونفذت الوصية للموصى له في الباقي ان كان يخرج من ثلث التركة ، ومثل ذلك ما لو ظهر أن العين الموصي بها مستحقه كلها فان الوصية تبطل ، لأنه تبين أنه أوصى بما ليس في ملكه ، فتعود العين الى ملك صاحبها

---

(١) انظر : المصادر السابقة .
(٢) انظر: احكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ١٦٧ .
(٣) انظر: المصدر نفسه .

فحقه مقدم على حق الموصى له ،ولا فرق بينهما الا في أن الهلاك مبطل لها اذا حدث قبل القبول والقبض ،وأما الاستحقاق فانه مبطل لها مطلقا سواء كان قبل القبول والقبض أو بعدهما[١].

الصورة السادسة اذا كان الموصي به سهما شائعا في معين كنصف دار معينة ،فان الوصية تتعلق بنصف غير معين ،فاذا هلكت العين الموصى بها كلها أو استحقت كلها ،بطلت الوصية وذلك لفوات محلها ،فان هلك بعضها أو استحق ،فان الموصى له يأخذ حقه من البعض الباقي ان وفي به ،وان لم يف أخذ كل الباقي ،اذا كان ما يأخذه يخرج من الثلث .

وبقاء الوصية صحيحة مع هلاك بعضها ،راجع الى أن فوات محلها لم يتيقن ،حيث لم يتعين لها جزء خاص ،ولذا فان ما يبقي من العين يكون مصروفا الى الوصية ،وذلك لأنها مقدمة على الميراث ولا ضرر يلحق الورثة حيث يسلم لهم ثلثا التركة[٢].

هذا ،وان قانون الوصية المصرى قد أورد أحكام هذه الصور في مواده ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، كما ذكرنا من قبل ،فقد نص فى مادته (٤٧)[٣] على أن الوصية : " اذا كانت بعين من التركة أو نوع من أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلا شيء للموصي له ،واذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه اذا كان يخرج من ثلث التركة ،والا كان له فيه بقدر الثلث " .

---

(١) انظر: المصدرين السابقين ،وانظر : شرح قانون الوصية ص١١٢ ، ١١٣ ، ١١٤ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٢ . بتصرف

كما نص في مادته (٤٨)[1] على أن الوصية : " اذا كانت بحصة شائعة في معين فهلك أو استحق فلاشئ للموصى له ،واذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي ان وسعها وكانت تخرج من ثلث المال ،والا أخذ الباقي جميعه ان كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث " .

وكذلك نصت مادته (٤٩)[2] على أن الوصية " اذا كانت بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي فهلك أو استحق فلا شئ للموصى له وان هلك بعضه أو استحق فليس له الا حصته في الباقي ان خرجت من ثلث المال ،والا أخذ منه بقدر الثلث ،وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه " .

... ...

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٢ بتصرف

(٢) انظر : " " " " " " " "

الخاتمة

الخـــاتمـــة

في تزاحم الوصايـــا

معني تزاحم[1] الوصايا أن تتعدد ، ولا يتسع الثلث لها كلها ، ان لم يجز الورثة ، أو أجازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعها ، فحينئذ يكـــون التزاحم ، اذ لا يمكن تنفيذها كلها ، أما اذا كان الثلث يسعها أو كانت التركة تسعها وقد أجازها الورثة ، أو لم يكن ورثة قط ، فان الوصايـــا كلها تنفذ أيضا ولا تزاحم .

والقاعدة أنه عند التزاحم يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة ، ســـواء أكان المتوفي قد أوصى لهم فعلا بحقهم ، أم لم يوص واستحقوها بحكـــم القانون ، فانهم يأخذونها ، فاذا كانت تساوى الثلث ، ولم يجز الورثـــة سواه ، فانهم يستبدون بالثلث ، وليس لأحد قبلهم شيء وان كانوا يأخذون أقل من الثلث ، فانهم يأخذون حصتهم كاملة ، والباقي من الثلث يتزاحـــم فيه أصحاب الوصايا[2] الاختياريـــة .

وأما اذا كانت الوصايا كلها اختيارية ، فلا تخلو من ثلاث حالات : -

الحالة الأولـــى :-

أن تكون الوصايا كلها للعباد ، كأن يوصي لكل من أحمد ومحمـــد وعلى وصية مستقلة بسهم من التركة ، أو بمبلغ من المال ، أو بعين منهـــا

---

(١) زحمته زحما من باب نفع د فعته ، وزاحمته مزاحمة وزحاما وزحم القـــوم بعضهم بعضا تضايقوا في المجالس، وازدحموا تضايقوا أى موضع كان ومنه قيل على الاستعارة (ازدحم) الغرماء على المال . انظر: المصباح المنير ، ١/ ٢٥٢ مادة (زحمته) .

(٢) انظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٦٣ .

لا يتسع لها ثلث التركة أو كلها .

الحالة الثانية : -

أن تكون الوصايا كلها للقربات ،كأن يوصي لكل من المسجد والملجأ أوفقراء بلده ، والحج عنه ، وما عليه من زكاة ببعض ماله، سواء عين لكل قربة منها مقدارا معينا أو سهما شائعا ،أو لم يعين شيئا من ذلك .

الحالة الثالثة : -

أن يكون بعضها للعباد ، وبعضها للقربات ،كأن يوصي بمقدار من المال للمسجد والحج عنه ، وما عليه من كفارات ، ولأولاد أخيه .

فان كانت الوصايا المتزاحمة كلها للعباد ،فان كان التزاحم في ثلث التركة ،فانه يقسم ذلك الثلث بين أرباب الوصايا ، بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم ،فلو تزاحم في الثلث وصية بربع ماله ، وأخرى بثلثه ، وثالثه بنصفه ،فاننا نقسم ثلث التركة بينها بالمحاصة بنسبة هذه السهام فنستخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور ،وهو في هذا المثال ١٢ ، ربعها ٣ ، وثلثها ٤ ، ونصفها ٦ ،فيكون مجموع سهام الوصايا ٣ + ٤ + ٦ = ١٣ تقسم ثلث التركة .

وان كان التزاحم في التركة كلها ،فان التركة تقسم بينهم أيضا بنسبة سهامهم ،سواء أكانت السهام معلومة من أصل الوصايا ،كما لو أوصى لواحد بثلث ماله ، ولآخر بنصفه ، ولثالث بثلثيه ، أم كانت غير معلومة ،كما لو أوصى لواحد بمائتي جنيه ، ولآخر بدار معينه ، ولثالث بمرتب خمسة جنيهات كل شهر مدى حياته ، ولرابع بالانتفاع بأرض معينة

مدة خمسين عاما ، وذلك لأنها اذا لم تكن سهامها معلومة ، فانها تقدر بالطرق التي ذكرناها في تقدير الوصايا بالأعيان والمنافع والمرتبات ، وبعد هذا التقدير تنسب كل وصية على حدة الى التركة لتعرف نسبتها اليها ، ومن ثم فانها تؤول في نهايتها الى وصايا بسهام مقدرة من التركة .

هذا ومما هو جدير بالاعتبار هو أنه اذا كانت احدى هذه الوصايا بعين معينة ، فان الموصى له بها يأخذ سهمه منها لا من غيرها لأن الموصي عين حقه من تلك العين ، فلا تتجاوزها ، تنفيذا لارادته[1] وقد جاء ذلك واضحا بالمادة[2] (٨٠) ، والتي نصت على أن الوصايا اذا زادت عن ثلث التركة وأجازها الورثة ، وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين الا من هذه العين ، كما يلاحظ أيضا أنه اذا وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤقتة بمرتب لشخص أو لجهة ، ثم مات الشخص الموصى له ، فان نصيبه يكون لورثة الموصي ، لأن الوصية بالمرتب تنتهي بموت صاحبها فينتقل ما بقي منها الى ورثة الموصي ومثل ذلك ما لو كانت الوصية بمرتب لجهة من جهات البر ، ثم انقطعت تلك الجهة قبل انتهاء مدة الوصية وقد جاء ذلك واضحا

---

(١) أنظر : شرح قانون الوصية ص ٢٦٣ ومابعدها ، وانظر : التركة للكشكي ص ٢٨٢ ، وانظر : أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ٢٩٣ ، ومابعدها وانظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣٧١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٩ . - بتصرف -

في المادة (٨٢) من قانون الوصية المصري والتي نصت على[1] أن الوصايا بالمرتبات اذا تزاحمت، ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصي .

وأخيرا فانه لا يفوتنا[2] أن نذكر أن الحكم بتقسيم الوصايا عند التزاحم بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم هو حكم متفق عليه بين جمهور الفقهاء سوى صورة واحدة ، وهي ما اذا كان التزاحم في الثلث وكان بعض الوصايا بمفردها أكثر من الثلث ، ولم تكن بشيء معين . ولا بنقود مرسلة ، وامتنع الورثة عن اجازتها أيضا ، فان أبا حنيفة قد خالف فيها فقال : " ان الوصية التي تزيد على الثلث تنقص الى الثلث ، وتصير كأنها وردت كذلك من أول أمرها ، ثم يقع التزاحم والتقسيم بين الوصايا على هذا الاساس .

فلو أوصى لشخص بكل المال ، ولآخر بنصفه ، ولثالث بثلثه ، ولم يجز الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين هؤلاء الثلاثة مثالثة ، فيأخذ كل واحد منه ثلثه ، لأن الموصى له بالكل جعل كأنه موصى له بالثلث ، وألغيت الزيادة ، وكذلك الموصى له بالنصف ، ولو أوصى لواحد بنصف المال ولآخر بسدسه ، ولم يجز الورثة ذلك ، فان الثلث يقسم بينهما بنسبة الثلث الى السدس ، أى بنسبة ٢ : ١ ، فيأخذ الموصى له بالنصف ثلثي الثلث ، ويأخذ الموصى له بالسدس ثلثه ، وحجة الامام أبي حنيفة في ذلك ، أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة

---

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٩ ، بتصرف ، وانظر ص ٢٦٤ من المصدر نفسه .

(٢) انظر : المصدر السابق ، وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٩

تقع باطلة ،لعدم امكان تنفيذها بحال من الأحوال سواء أكانت وحدها أم مع غيرها .

في حين ذهب صاحباه أبو يوسف ومحمد ومعهم جمهور الفقهاء الى أن تلك الوصية صدرت بارادة الموصي ،وقصد بها أمرين : -

الأول : استحقاق الموصى لهم جزءاً من حق الورثة ،وهو مازاد على الثلث .

الثاني : التفضيل بين الموصى لهم ،فاذا تعذر تحقيق الغرض الأول لعدم اجازة الورثة ،فلا أقل من أن نعمل على تحقيقه في الشطر الثاني ،وهو التفضيل بين الموصى لهم ،وهذا بلا شك أقرب الى العدل من الأول .

وقانون الوصية المصرى عدل عن رأى أبي حنيفة ،وأخذ برأى صاحبيه ومن وافقهم ،لوضوحه وسهولة تطبيقه ،كما قالت بذلك المذكرة التفسيرية[1] .

واذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للقربات فلا يخلو ،اما أن تكون كلها من نوع واحد ،أو تكون من أنواع مختلفة .

فان كانت من نوع واحد كالوصايا بالفرائض من الحج والزكاة وفدية الصوم ،أو بالواجبات كالأضحية وصدقة الفطر والنذور ،أو التطوع كالوصية بانشاء المساجد ،أو الملاجئ ،أو التصدق على الفقراء، فانه في هذه الحالة ،يقسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا

---

(١) انظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٩٥/٢٩٦ ،وانظر: شرح قانون الوصية ص ٢٦٥ .

بالمحاصة بنسبة السهام اذا عين سهاما ،كالثلث والربع لكل جهة ،أو عين مقدارا من المال لكل منها .

فاذا لم يعين سهاما ولا مقادير ،فانه يقسم بينها بالتساوى عملا برأى زفر من الحنفية كما قالت بذلك المذكرة التفسيرية ،لاستواء تلك الجهات في درجتها ،وسبب استحقاقها ،وعدم وجود ما يدل على تفضيل بعضها على البعض الآخر[1].

وهناك رأيان آخران[2] : أحدهما : يرى أنه يقدم في التنفيذ ما بدأ به الموصي في كلامه ،فان فضل منه شيء صرف لما بعده وهكذا حتى ينتهي المقدار المخصص لتنفيذ الوصية وهو رواية عن الامام وصاحبيه .

والرأى الثاني : أنه يقدم الأقوى في القربة أو الثبوت ،وهو رواية أخرى عند الحنفية ،كما أنه هو الرأى المشهور في مذهب مالك فقد[3] جاء في مواهب الجليل : " وذكر الباجي أنه لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وانما يبدأ بالأوكد الا أن يكون قال ابدؤا كذا فيبدأ ما هو أوكد منه .. " .

وأخذ القانون برأي زفر يرجع الى سهولة تطبيقه ،ولأنه أقرب الى تحقيق غرض الموصي الذى لوقصد تقديما أو تفضيلا لبينه .

فمثلا لو أوصى بنصف ماله للحج عنه وما عليه من زكاة ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث ،فان الثلث يقسم بين الحج والزكاة على النصف بينهما ،فيصرف نصفه للحج عنه ،ويصرف النصف الآخر لما عليه من زكاة .

---

(١) انظر : المصدر السابق

(٢) انظر : المصدر السابق ،وانظر : بدائع الصنائع ٧ / ٣٧١ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٦ / ٣٧٨ ،وانظر أحكام الوصايا ، للأستاذ شلبى ص ٢٩٦ .

هذا اذا كانت الوصايا المتزاحمة متحدة النوع ،فأما ان كانت مختلفة درجاتها ،بأن كان بعضها فرائض[1] ،وبعضها واجبات، وبعضها تبرع ،وضاق ما تنفذ فيه الوصايا عن الوفاء بالجميع، ولم يكن الموصي قد رتب بينها ،فانه في هذه الحاله تقدم الفرائض في التنفيذ على الواجبات ،ثم يليها بعد ذلك التبرع حيث يقسم المال بينها بالتساوى اذا لم يكن الموصي قد حدد لكل جهة سهما خاصا أو مقدارا معينا ،والا اتبع ما نص عليه، فاذا استنفذت الفرائض المقدار كله بطلت الوصايا الأخرى ،وان بقي من الفرائض شيء صرف لما بعده .

وقد بين القانون ذلك فى مادته[2] (٨١) ،والتى نصت على : " أن الوصية اذا كانت بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فان كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وان اختلفت درجاتها تقدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل " .

هذا اذا كانت الوصايا كلها للقربات ،أما ان كانت خليطا من الوصايا بالقربات ،والوصايا للعباد ،فان عين سهام هذه الوصايا أو مقاديرها ،فانه يقسم المال المخصص لتنفيذها بالمحاصة ،وذلك بنسبة هذه السهام ،وان لم يعين سهامها ،قسم المال بينهما بالتساوى .

وبعد التقسيم يصرف ما يخص وصايا العباد من المعينين لهم واحدا كان أو أكثر .

---

(١) انظر: أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٩٧ .

(٢) انظر: شرح قانون الوصية ص ٢٨٩ .

وكذلك ما يخص الوصايا بالقربات ،فانه يجمع ويصرف بينها بمثل ما صرف ما خصص لما قبلها .

أى أنه اذا اختلفت هذه الجهات ،بأن كان بعضها فرضا ، وبعضها واجبا ،أو تبرعا ،فانها تصرف للأقوى ثم الذى يليه .

فلو أوصى بنصف ماله للحج والزكاة وصدقة الفطر والتصدق على المحتاجين وشخص معين ،ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث ،فانه يقسم الثلث بين هذه الوصايا أخماسا فيأخذ الشخص المعين نصيبه ،ثم تجمع أربعه الأخماس التى جعلت للقربات ، فيصرف منها أولا للفرائض ،فان بقي شيء ،فانه يصرف لما دونها من الواجبات ،فان لم يف ذلك المقدار بتنفيذ الفرائض ،قسم بينهما بالتساوى ،كما تبين لنا من قبل.(١) والله أعلم .

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين على ما يسره لنا من القيام باعداد هذه الرسالة راجين منه - عز وجل - أن يجعله عملا خالصا لوجهه الكريم ،وأن ينفعنا بما علمنا ،فهو وحده القادر على كل شيء واليه المصير ،انه نعم المولي ونعم النصير .

وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

---

(١) المصدران السابقان .

الفهارس

فهرس المصادر

١ - القرآن الكريم

٢ - أحكام القــرآن

لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، تحقيق علي محمــد البجاوى . الطبعة الاولى .

الناشر : دار احياء الكتب العربيــة .

٣ - أحكام القـرآن

للامام حجة الاسلام أبي بكر أحمد بن علي الرازى الجصاص ، الحنفـي المتوفي سنة ٣٧٠ هـ .

طبعة مصوره عن الطبعة الاولي .

طبع بمطبعة الأوقاف الاسلامية في دار الخلافه العلـيه

الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان

٤ - أحكام الوصايا والأوقـاف

للدكتور بدران ابي العينين بدران

استاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية سابقا ، وأستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء .

الناشـر : مؤسسة شباب الجامعـة .

٥ - أحكام الوصايا والأوقـاف

للاستاذ محمد مصطفى شلبي

رئيس قسم الشريعة الاسلامية ، بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية .

مطبعة دار التأليف ، الطبعة الثالثة .

---

* وهي مرتبة حسب الحروف الهجائية .

٦ - أحكام الوصيـــه ، بحوث مقارنـة

للشيخ علي الخفيف ، رقم ١٩٦٢

٧ - الاختيارات الفقهيـــة

من فتـاوى شيخ الاسلام ابن تيميـة

اختارها العلامة الشيخ علاء الدين أبو الحسن على بن محمـــــد

ابن عباس البعلي الدمشقي ، المتوفي سنة ٨٠٣ هـ .

الناشر : مكتبة الرياض الحديثة .

٨ - الأسئلة والأجوبة الفقهية المقرونة بالأدلة الشرعيـة .

للشيخ عبد العزيز بن محمد السلمان

طبعت بمطبعة المدينة - الرياض ، شارع الملك فيصل - رحمه الله -

٩ - أساس البلاغة .

لجار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشرى

المتوفي سنة ٥٣٨ هـ .

تحقيق عبد الرحيم محمود .

طبع بمطبعة أولاد أورفان بالقاهرة .

الطبعة الاولى سنة ١٣٧٢ هـ

١٠ - الاستيعاب في اسماء الأصحاب " بهامش الاصابة "

للحافظ المحدث أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر

القرطبي المالكي - المتوفي سنة ٤٦٣ هـ .

مطبعة السعادة بمصر .

الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه بمصر

١١ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان .

للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم .

حققه وعلق عليه ،عبد العزيز محمد الوكيل .

الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع .

طبع بمطابع سجل العرب " وتراجع طبعة دار الكتب العلميـــــة

بيروت - لبنان " .

١٢ - الاصابة في تمييز أسماء الصحابة

للحافظ شهاب الدين أبي الفضل ،أحمد بن علي بن حجر العسقلاني

المتوفي سنة ٨٥٢ هـ .

الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه بمصر .

١٣ - أصول الفقـــه .

لأبي الحسن علي بن محمد بن الحسين البزدوى .

المتوفي سنة ٤٨٢ هـ .

طبع في المكتب الصنائع بتصحيح أحمد رامز ،وبمعرفة حسن حلمـــي

الرويزى سنة ١٣٠٧ هـ .

١٤ - أصول الفقـــه .

تأليف الاستاذ الدكتور محمد أبي النور زهير .

طبع بمصر ،دار الاتحاد العربي للطباعة

١٥ - اصول الفقـــه .

تأليف الاستاذ الدكتور عباس متولي حماده

مطبعة دار التأليف بمصر ،الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ .

الناشر : دار النهضة العربية

١٦ - أصول الفقه الاسلامي .

تأليف الاستاذ شاكر بن راغب الحنبلي . المتوفي سنة ١٣٧٨ هـ
طبع بمطبعة الجامعة السورية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٨ هـ

١٧ - أصول الفقه الاسلامي .

تأليف الاستاذ الدكتور زكي الدين شعبان .
مطابع دار الكتب ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧١ م ،
منشورات الجامعة الليبية ، كلية الحقوق .

١٨ - اعلام الموقعين عن رب العالمين .

تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية المتوفي سنة ٧٥١ هـ .
حققه ، وفصله ، وضبط غرائبه ، وعلق حواشيه محمد محيي الدين عبد الحميد ، طبع مرتين . الطبعة الأولي ١٣٧٤ هـ ، والطبعة الثانية ١٣٩٧ هـ .
الناشر : دار الفكر ، بيروت ، لبنان

١٩ - الأعلام .

" قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب ، والمستعربين والمستشرقين " .
تأليف خير الدين الزركلي ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٩ هـ

٢٠ - الأم

تأليف : الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي - رضي الله عنه -
وبهامشه : مختصر الامام الجليل أبي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني

الشافعي ،المتوفي سنة ٢٦٤ هـ .

الناشر : كتاب الشعب " وتراجع طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع " بيروت . لبنان ،نسخة مصوره عن الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

٢١ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل .

تأليف : شيخ الاسلام العلامة الفقيه المحقق علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوى الحنبلي - رحمه الله - .

صححه وحققه محمد حامد الفقي .

الطبعة الأولى على نسخة بخط المؤلف .

مطبعة السنة المحمدية ،القاهرة . مصر .

٢٢ - الأنوار لأعمال الأبرار ،في فقه الامام الشافعي .

تأليف العلامة الفاضل ،والامام الكامل يوسف الأردبيلي ،ومعه حاشية الكمثرى .

مطبعة : مصطفى محمد .

الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .

٢٣ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .

للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي .الملقب بملك العلماء . المتوفي سنة ٥٨٧ هـ .

الناشر : زكريا على يوسف ،مطبعة الامام .

وتراجع طبعة دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

٢٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

للشيخ الامام الحافظ الناقد أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد
ابن رشد القرطبي - رحمه الله - .
طبع بمطبعة الاستقامة . القاهرة .
الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .

٢٥ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق .

للعلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي - رحمه الله - .
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، بيروت
لبنان .

٢٦ - البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع .

للشيخ محمد بن علي الشوكاني ، المتوفي سنة ١٢٥٠ هـ .
مطبعة السعادة - القاهرة . مصر . الطبعة الاولى سنة ١٣٤٨ هـ

٢٧ - بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة .

للحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفي
سنة ٩١١ هـ .
الناشر : دار المعرفة . بيروت . لبنان .

٢٨ - تاج التراجم في طبقات الحنفية .

لأبي العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا ، المتوفي سنة ٨٧٩ هـ .
مطبعة العاني . بغداد .

٢٩ - التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول .

للسيد أبي الطيب صديق بن حسن بن علي المعروف بصديق حسن

خان بهادار . المتوفي سنة ١٣٠٧ هـ .

المطبعة الهندية العربية سنة ١٣٨٢ هـ

صححه ، وعلق عليه الدكتور عبد الحكيم شرف الدين

٣٠ - تاريخ بغداد .

للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادى ، المتوفى سنة ٤٦٣ هـ .

الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

٣١ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .

تأليف : العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي - رحمه الله -

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

٣٢ تذكرة الحفاظ .

للحافظ أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفي سنة ٧٤٨ هـ .

مطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد ، الهند ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٧٧ هـ .

الناشر : دار احياء التراث العربي ، بيروت . لبنان .

٣٣ - الترغيب والترهيب من الحديث الشريف .

تأليف : الامام الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذرى المتوفي سنة ٦٥٦ هـ - رحمه الله - .

ضبط أحاديثه وعلق عليه مصطفى محمد عماره ، الطبعة الثانية .

الناشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

٣٤ - التركة ومايتعلق بها من الحقوق .

للشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي ، الأستاذ بمعهد الدراسات الاسلامية العليا بجامعة بغداد .

طبع بمطبعة دار الغدير للطباعة والنشر .

٣٥ - تفسير ابي السعود المسمي ارشاد العقل السليم الى مزايا القـــرآن الكريـــم .

لخاتمة المحققين ، وامام المدققين قاضي القضاة أبي السعود محمـــد ابن محمد العمادى ، المتوفي سنة ٩٥١ هـ .

الناشر : مكتبة ومطبعة محمد على صبيح وأولاده ميدان الأزهر .

٣٦ - تفسير القرآن العظيم .

للامام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل بن كثيـــــــر القرشي الدمشقي . المتوفي سنة ٧٧٤ هـ .

مطبعة دار احياء الكتب العربية . عيسى البابي الحلبي وشركاه .

الناشر : مكتبة الجمهورية العربية لصاحبها عبد الفتاح مراد .

٣٧ - التفسير الكبير .

للامام الفخر الرازى

طبع بالمطبعة البهيـة المصريـة .

الناشر : عبد الرحمن محمـد

٣٨ - التلويح الى كشف حقائق التنقيـح .

لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني .

طبع بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى سنة ١٣٢٧ هـ . بمصر

٣٩ - تنويـر الحوالك شرح موطأ مالك للامام مالك .

شرح الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي .

توزيع : دار الباز للنشر والتوزيع . مكة المكرمة .

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .

٤٠ - تهذيب الأسماء واللغات .

للفقيه الحافظ أبي زكريا محي الدين يحي بن شرف النووى . المتوفـي سنة ٦٧٦ هـ ، المطبعة المنيرية بمصر .

٤١ - تهذيب التهذيب .

للامام الحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية في الهند .

الناشر : دار صادر . بيروت . نسخة مصورة عن الطبعة الأولـى سنة ١٣٢٥ هـ .

٤٢ - تهذيب الفروق ، والقواعد السنية في الاسرار الفقهية .

للشيخ محمد علي بن حسين المالكي ، المتوفي سنة ١٣٦٧ هـ

مطبعة دار احياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ .

٤٣ - تيسير التحرير وهو شرح للتحرير في أصول الفقه للكمال بن الهمـام الحنفي .

تأليف : محمد أمين المعروف بأمير باد شاه . المتوفي سنة ٩٨٧ هـ .

صححه الشيخ محمد بخيت المطيعي سنة ١٣٥٢ هـ .

طبع بمطبعة محمد على صبيح وأولاده بمصر .

٤٤ - جامع البيان عن تأويل القرآن .

لأبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبرى ، حققه وعلق على حواشيـه

محمود محمد شاكر ،وراجعه وخرج أحاديثه احمد محمد شاكر .
الناشر : دار المعارف بمصر .

٤٥ - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير

تأليف : الامام الحافظ خادم السنه وقامع البدعه جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي . المتوفي سنة ٩١١ هـ" وبهامشه " كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق ،للامام عبد الرؤوف المناوى .
الطبعة الرابعة .
الناشر : دار الكتب العلمية .

٤٦ - جلاء العينين في محاكمة الأحمدين .

للسيد نعمان خير الدين الشهير بابن الألوسي البغدادى .
المتوفي سنة ١٣١٧ هـ .
مطبعة المدني ،بمصر ،الطبعة الأولي سنة ١٣٨١ هـ .

٤٧ - جامع الفصولين .

للامام المحقق والهمام المدقق الشيخ محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه الحنفي .
المطبعة الأزهرية . الطبعة الأولي سنة ١٣٠٠ هـ .

٤٨ - الجامع لأحكام القرآن .

لأبي عبد الله محمد بن احمد الأنصارى القرطبي .
طبع دار الكتب المصرية . الطبعة الثالثة .
الناشر : دار الكاتب العربي للطباعة والنشر سنة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧م

٤٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

للعالم العلامه شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ، وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للعلامة المحقق الشيخ محمد عليش شيخ السادة المالكية - رحمه الله - .

طبع بدار احياء الكتب العربية ،عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٥٠ - حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الامام أبي حنيفة النعمان .

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير " بابن عابدين " .

الطبعة الثالثة : مصطفى البابي الحلبي " وتراجع طبعة دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان - الجزء الرابع ،آخر باب الهبة تحت مسائل متفرقة .

٥١ - حاشية العلامه الشيخ ابراهيم الباجوري على شرح ابن قاسم الغزى .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر ،بيروت - لبنان .

٥٢ - حواشي العلامتين الفهامتين والامامين القدوتين العلامة العارف بالله الشيخ عبد الحميد الشرواني نزيل مكة المكرمة .

والامام المحقق والعلامة المدقق الشيخ احمد بن قاسم العبادى على تحفة المحتاج بشرح المنهاج . للامام العالم خاتمة المحققين شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي نزيل مكة المكرمة .

وبهامشه تحفة المحتاج بشرح المنهاج .

الناشر : دار صادر بيروت .

٥٣ - الخرشي على مختصر خليل . وبهامشه " حاشية الشيخ علي العدوى .
الناشر : دار صادر . بيروت

٥٤ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب .
لقاضي القضاة برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحون اليعمرى المدني المالكي ،المتوفي سنة ٧٩٩ هـ .
مطبعة المعاهد - مصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٥١ هـ .

٥٥ - الذيل على طبقات الحنابلة .
للحافظ الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين احمد بن رجب البغدادى ،ثم الدمشقي الحنبلي المتوفي سنة ٧٩٥ هـ ،تصحيح محمد حامد الفقي .
مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٢ هـ .

٥٦ - الرسالة المستطرفه لبيان مشهور كتب السنة المشرفة .
للسيد الشريف محمد بن جعفر الكتاني ،المتوفي سنة ١٣٤٥ هـ وقد كتب مقدماتها وصنع فهارسها محمد المنتصر الكتاني .
مطبعة دار الفكر ،بدمشق سنة ١٣٨٣ هـ . الطبعة الثالثة .

٥٧ - روائع البيان " تفسير آيات الأحكام من القرآن " .
تفسير خاص لآيات الأحكام مستمد من أوثق مصادر التفسير القديمة والحديثة بأسلوب مبتكر ،وطريقة جديدة ،مع عرض شامل لأدلة الفقهاء وبيان الحكمة التشريعية .
تأليف الاستاذ محمد على الصابوني ،الاستاذ بكلية الشريعة والدراسات الاسلامية بمكة المكرمة . طبع طبعتان .

الاولى سنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م ، الثانية ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م
منشورات : مكتبة الغزالي ، دمشق - سوريا .

٥٨ - روضة الطالبين .

للامام أبي زكريا يحى بن شرف النووى الدمشقي - رحمه الله - .
الناشر : المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .

٥٩ - روضة الناضر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الامام احمد ابن حنبل .

تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفي سنة ٦٢٠ هـ .
الناشر : المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٧٨ هـ .

٦٠ - رياض الصالحين .

تأليف : الامام أبي زكريا يحى بن شرف النووى الدمشقي .
الناشر : مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان

٦١ - زاد المعاد في هدى خير العباد .

للامام الحافظ أبي عبد الله بن القيم الجوزى ، المتوفي سنة ٧٥١ هـ
المطبعة المصرية ، الطبعة الثانية .

٦٢ - الزواج والطلاق في الاسلام . " فقه مقارن بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفرى والقانون " .

للدكتور بدران أبي العينين بدران أستاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية، والاستاذ بالمعهد العالي للقضاء ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .
الناشر : مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر . الاسكندرية .

٦٣ - السبب عند الأصوليين .

تأليف الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة ، الاستاذ المشارك ، ورئيس قسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية " أصل هذا الكتاب رسالة تقدم بها صاحبها لنيل درجة العالمية " الدكتوراه " في أصول الفقه الاسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر وقد نال بها صاحبها مرتبة الشرف الأولى ، مع الايصاء بطبعها بنفقة الجامعة ، وقد طبعت على نفقتها سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٨٠ م .

٦٤ - السراج الوهاج .

للعلامة الفاضل الشيخ محمد الزهرى الغمراوى ، على متن المنهاج لشرف الدين يحيي النووى - رحمه الله -

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

توزيع دار الباز للنشر والتوزيع . مكة المكرمة .

٦٥ - سنن الدارمي .

للامام الكبير عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الرحمن التميمي السمرقندى الدارمي المتوفي سنة ٢٥٥ هـ .

الناشر : دار احياء السنة النبوية .

٦٦ - سنن الدارقطني .

تأليف شيخ الاسلام حافظ عصره ، الغذ في علم الحديث ، ومعرفة علله ورجاله ، الامام الكبير علي بن عمر الدارقطني ، المتوفي سنة ٣٨٥ هـ

عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه محب السنة النبويه وخادمها السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، المدينة المنورة ١٣٨٦ - ١٩٦٦م وبذيله .

التعليق المغني على الدار قطنى تأليف المحدث العلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى .

طبع بدار المحاسن للطباعة - القاهرة ، ملتزم طبعه ونشره السيد عبد الله هاشم يماني المدني . المدينة المنوره - الحجاز المملكة العربية السعودية .

٦٧ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول .

تأليف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المشهور بالقرافي (المتوفي سنة ٦٨٤ هـ) .

تحقيق : عبد الرؤف سعد .

طبع بمطبعة الشركة الفنية المتحدة . القاهرة .

الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية ، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣ هـ .

٦٨ - شرح خاتمة المحققين ، وامام العارفين العلامة محمد الزرقاني على صحيح الموطأ لامام الأئمة ، وعالم المدينة مالك بن أنس .

وبهامشه سنن المصطفي صلى الله عليه وسلم ، جمع امام المحدثين الامام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني - رحمه الله - .

المطبعة الخيرية . القاهرة .

الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية . القاهرة .

٦٩ - شرح روض الطالب من أسنى المطالب .

لامام أهل زمانه بلا نزاع ، وقدوة عصره .

خاتمة الأئمة المحققين ونخبة الفضلاء المدققين شيخ الاسـلام

أبي يحى زكريا الأنصارى الشافعي .

وبهامشه حاشية شيخ الشيوخ ، وخاتمة أهل الرسوخ الشهاب أبـي

العباس احمد الرملي الكبير الانصارى

تجريد الأستاذ الشيخ محمد بن احمد الشوبرى .

الناشر : المكتبـة الاسلاميـة .

٧٠ - شرح قانـون الوصيـة .

" دراسة مقارنة لمسائله ، وبيان لمصادره الفقهية "

للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، الأستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة

طبع بمطبعة أحمد مخيمر ، رقم ٤٧١٩٣٠ .

الناشر : مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة .

٧١ - شرح المنار في أصول الفقـه .

تأليف عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك ، المتوفي سنة ٨٨٥ هـ .

المطبعة العثمانية سنة ١٣١٩ هـ .

٧٢ - صحيح مسلـم .

للامام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى .

وقف على طبعه ، وتحقيق نصوصه ، وتصحيحه ، وترقيمه ، وعد كتبه وأبوابه

وأحاديثه وعلق عليه ملخص شرح الامام النووى مع زيادات عن أئمـة

اللغة خادم الكتاب والسنة ، محمد فؤاد عبد الباقي .

نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد الرياض . المملكة العربية السعودية .

٧٣ - صحيح مسلم بشرح النووي . المطبعة المصرية ومكتبتها .

٧٤ - الصله في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وفقهائهم وأدبائهم .

لأبي القاسم خلف بن عبد الملك المعروف بابن بشكوال ، المتوفي سنة ٥٧٨ هـ .

الناشر : مكتب نشر الثقافة الاسلامية سنة ١٣٧٤ هـ .

٧٥ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع .

للحافظ المؤرخ شمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوى المتوفي سنة ٩٠٢ هـ .

الناشر : دار مكتبة الحياة ، بيروت - لبنان .

٧٦ - طبقات الحنابلة .

للقاضي أبي الحسين محمد بن القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين ابن الفراء . المتوفي سنة ٥٢٦ هـ .

مطبعة السنة المحمدية - القاهرة .

٧٧ - طبقات الشافعية الكبرى .

تأليف تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي المتوفي سنة ٧٧١ هـ .

وهي نسختان ، احداهما مطبوعة بالمطبعة الحسينية . الطبعة الأولى بمصر .

والنسخة الثانية ، تحقيق محمود محمد الطناحي ، وعبد الفتاح الحلو ومطبوعة بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر ، الطبعة الأولى

سنة ١٣٨٣ هـ - ١٣٨٤ هـ .

٧٨ - طبقات الفقهاء .

للحافظ أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازى الشافعي المولود سنة ٣٩٣ هـ ، والمتوفي سنة ٤٧٦ هـ .

حققه وقدم له الدكتور احسان عباس .

الطبعة الثانية .

الناشر : دار الرائد العربي . بيروت . لبنان .

٧٩ - العده شرح العمده في فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيباني - رضي الله عنه - تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي

الناشر : مكتبة الرياض الحديثة - الرياض .

٨٠ - عقد الوصية " محاضرات في الوصية " .

لفضيلة الاستاذ الدكتور بدران ابي العينين بدران .

طبعت بالمعهد العالي للقضاء بالرياض ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م .

٨١ - الفتاوى العالمكيرية المعروفة بالفتاوى الهندية . في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان .

تأليف العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام " وبهامشه : الجزء الثاني من الفتاوى البزازية " وهي المسماة بالجامع الوجيز للشيخ الامام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بالبزاز الكردى الحنفي المتوفي سنة ٨٢٧ هـ ، وهو كتاب جامع لخص فيه زبدة مسائل الفتاوى والواقعات من الكتب المختلفة ، ورجح ما ساعده الدليل ، وذكر الأئمة أن عليه التعويل ، فرغ من تأليفه عام ٨١٢ هـ" .

الناشر : دار احياء التراث العربي . للنشر والتوزيع ، بيروت.لبنان
الطبعة الثالثة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م (نسخة مصورة) .

٨٢ - فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخارى للامام الحافظ احمد بن على بن حجر العسقلاني .
المطبعة السلفية ومكتبتها .

٨٣ - الفتح المبين في طبقات الأصوليين .
تأليف عبد الله مصطفي المراغي . الطبعة الثانية
الناشر : محمد أمين دمج وشركاه . بيروت . لبنان . سنة ١٣٩٤هـ

٨٤ - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب .
تأليف شيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الأنصارى .
وبهامشه منهج الطلاب ، للمؤلف نفسه ، والرسائل الذهبية في المسائل الدقيقة المنهجية للسيد مصطفي الذهبي الشافعي .
توزيع دار الباز للنشر والتوزيع - عباس احمد الباز ، مكة المكرمة .
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

٨٥ - الفروق .
تأليف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي . المتوفي سنة ٦٨٤ هـ - رحمه الله -
طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٤ هـ بمصر .
الطبعة الأولي .

٨٦ - فصول البدايع في أصول الشرايع .
لشمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفنارى ، المتوفي سنة ٨٣٤ هـ
مطبعة الشيخ يحيى افندى سنة ١٢٨٩ هـ .

٨٧ - فقـــه السنـه .

لسيد سابق .

الطبعة الأولي سنة ١٣٩٧ هـ .

الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت - لبنان .

٨٨ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية .

لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوى الهندى ، المتوفي سنة ١٣٠٤هـ

تصحيح وتعليق محمد بدر الدين النعساني ، مطبعة السعادة بمصر

الطبعة الاولى سنة ١٣٢٤ هـ .

٨٩ - فوات الوفيات " وهو ذيل على كتاب وفيات الأعيان لابن خلكان " .

تأليف محمد بن شاكر ابن احمد الكتبى ، المتوفي سنة ٧٦٤ هـ .

تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .

مطبعة السعادة بمصر .

الناشر : مكتبة النهضة المصرية .

٩٠ - الفواكـه الدواني .

للشيخ احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكي الأزهـــرى

وهي " شرح على رسالـة " .

أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي

الطبعة الثالثة .

الناشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .

وتراجع طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان .

٩١ - القاموس المحيـط .

لمجد الدين الفيروز ابادى

مطبعة السعادة بمصر .

الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .

٩٢ - قليوبي وعميره .

حاشيتا الامامين المحققين المدققين .

الأولي للشيخ شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامه القليوبي ، المصرى . المتوفي سنة ١٠٦٩ هـ .

الثانية للشيخ شهاب الدين احمد البرلسى الملقب بعميرة المتوفي سنة ٩٥٧ هـ .

على شرح جلال الدين محمد بن احمد المحلي المتوفي سنة ٨٦٤ هـ على منهاج الطالبين

للامام أبي زكريا يحيي بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦ هـ في فقه الشافعية .

الناشر : دار الفكر .

٩٣ - القواعد في الفقه الاسلامي .

للحافظ الفقيه زين الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ . راجعه ، وقدم له ، وعلق عليه طه عبد الرؤوف سعد .

طبع بمؤسسة نبع الفكر العربي - دمشق - المطبعة الأولى سنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م .

الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية ، حسين محمد أمبابي . مصر .

توزيع . دار الباز للنشر والتوزيع ، مكة المكرمة . عباس احمد الباز .

٩٤ - الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الاسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامه المقدسي .

الطبعة الأولى .

الناشر : المكتب الاسلامي . دمشق .

٩٥ - كتاب الافصاح عن معاني الصحاح .

تأليف الوزير عون الدين أبي المظفر يحى بن محمد بن هبيرة الحنبلي المتوفي سنة ٥٦٠ هـ - رحمه الله - .

مطابع الدجوى ، القاهرة - عابدين

ملتزم الطبع والنشر ، المؤسسة السعيدية ، الرياض

توزيع : مكتبة الحرمين - البطحاء - الرياض

٩٦ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات .

تأليف الشيخ عبد الرحمن الجزيرى .

الناشر : المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٩٧ - كتاب الكافي في فقه أهل المدينة .

تأليف شيخ الاسلام العلامه العلم حافظ المغرب الناقد البصير ، أبى عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمرى القرطبي .

حققه وقدم له وعلق عليه الدكتور محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني

الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٥ م .

٩٨ - كتاب المبسوط .

لأبي بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل ، المتوفي سنة ٤٨٣ هـ

الطبعة الثالثة .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر .

٩٩ - كشاف القناع عن متن الاقناع .

للشيخ العلامة فقيه الحنابلة ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي

راجعه وعلق عليه ،الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال أستـــاذ الفقه والتوحيد بالأزهر الشريف .

الناشر : مكتبة النصر الحديثة ، بالرياض ، المملكة العربية السعودية

١٠٠ - كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزدوى .

تأليف علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخارى .المتوفي سنة ٧٣٠ هـ ،صححه أحمد رامز .

طبع في المكتب الصنايع سنة ١٣٠٧ هـ

١٠١ - كشف الأسرار : شرح المنار .

تأليف حافظ الدين أبي البركات عبد الله بن احمد النسفي ،مصـــر المطبعة الأميرية ، ببولاق ، الطبعة الأولي سنة ١٣١٦ - ١٣١٧ هـ .

١٠٢ - لسان العرب .

لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المتوفي سنة ٧١١هـ المطبعة الكبرى ببولاق سنة ١٣٠٠ - ١٣٠١ هـ ،مصر .

١٠٣ - المجموع شرح المهذب .

للأستاذ المحقق محمد نجيب المطيعي .

مطبعة الامام

الناشر : زكريا علي يوسف

١٠٤ - مجموع فتاوى شيخ الاسلام أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بـــن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم النميرى الحراني ثم الدمشقـــي تقي الدين ابن تيمية ،المتوفى سنة ٧٢٨ هـ طيب الله ثراه .

جمع وترتيب الفقير الى الله عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمـــي النجدى الحنبلي - رحمه الله - ،وساعده ابنه محمد .

تصوير عن الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ .

توزيع : رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد

الرياض . المملكة العربية السعودية

١٠٥ - المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل ، ومعه (النكت

والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية .

تأليف شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي

مطبعة السنة المحمدية .

١٠٦ - المحلى

للحافظ أبي محمد على بن حزم الأندلسي الظاهرى تصحيح خليل

هراس .

مطبعة الامام

وتراجع نسخة أخرى ، طبع ادارة الطباعة المنيرية .

تحقيق الشيخ محمد منير الدمشقي - رحمه الله - .

الناشر : مكتبة الجمهورية العربية ، لصاحبها عبد الفتاح مراد

مصر .

١٠٧ - مختار الصحاح

للشيخ الامام محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الرازى - رحمه الله -

طبعة حديثة .

الناشر : دار القلم - بيروت - لبنان .

١٠٨ - مختصر طبقات الحنابلة .

تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد القادر بن عثمان النابلسي

المتوفى سنة ٧٩٧ هـ .

تصحيح وتعليق احمد عبيـــد .

مطبعة الاعتدال ،دمشق ،سنة ١٣٥٠ هـ .

١٠٩ - المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل .

تأليف عبد القادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران .

المتوفى سنة ١٣٤٦ هـ .

المطبعة المنيرية .

١١٠ - المدونـة الكـبرى

لامام دار الهجرة الامام مالك بن أنس الأصبحي ،رواية الامام سحنون ابن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عـــن الامام مالك بن أنس - رضي الله تعالى عنهم - .

مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٣ هـ

طبعة جديدة بالأوفست .

الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع . القاهرة .

١١١ - المستصفي من علم الأصول .

لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي . المتوفى سنة ٥٠٥ هـ

مطبعة مصطفى محمد . الطبعة الأولي سنة ١٣٥٦ هـ .

١١٢ - مصادر التشريع الاسلامي ومناهج الاستنباط .

للدكتور محمد أديب صالـح

المطبعة التعاونية سنة ١٣٨٧ هـ .

١١٣ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي .

تأليف العالم العلامة احمد بن محمد بن علي المقرى الفيومي .

المتوفى سنة ٧٧٠ هـ .

الناشر : المكتبة العلمية - بيروت - لبنان .

١١٤ - مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي .

تأليف الفقيه العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني ، ومعه

تجريد زوائد الغاية والشرح

تأليف الفقيه العلامة الشيخ حسن الشطي

منشورات المكتب الاسلامي - دمشق .

١١٥ - المطلع على أبواب المقنع .

لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي .

المتوفى سنة ٧٠٩ هـ .

الناشر : المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .

الطبعة الأولى سنة ١٣٨٥ هـ .

١١٦ - المعاملات الشرعية المالية .

للشيخ احمد ابراهيم ، استاذ الشريعة الاسلامية .

مطبعة : النصر .

١١٧ - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم .

وضعه محمد فؤاد عبد الباقي . الطبعة الثانية .

الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان

١١٨ - معجم مقاييس اللغة .

لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا .

حققه ، وضبطه عبد السلام محمد هارون .

الطبعة الاولى .

الناشر : دار احياء الكتب العربية .

١١٩ - المغنى

تأليف : الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله ابن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٣٠ هـ .
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي . المتوفى سنة ٣٢٤ هـ .

ومعه :

الشرح الكبير على متن المقنع
للشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد ابن احمد بن قدامة المقدسي . المتوفى سنة ٦٨٢ هـ .
طبعة جديدة بالأوفست، بعناية جماعة من العلماء سنة ١٣٩٢ هـ ١٩٧٢ م .
الناشر : دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع . بيروت . لبنان

١٢٠ - مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

وهو شرح للامام الجليل عين أعيان الشافعية
الشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للامام أبي زكريا يحى بن شرف النووى .
مطبعة الاستقامة . القاهرة .
الناشر : المكتبة التجارية الكبرى . مصر .

١٢١ - المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني - رضي الله عنه -

تأليف : الامام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي

مع

حاشية منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ

محمد بن عبد الوهــــاب .

المطبعة السلفية ومكتبتها .

١٢٢ - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية

للشيخ محمد أبي زهـرة

ملتزم الطبع والنشر : دار الفكر العربي .

١٢٣ - منتهي الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الديــن

محمد بن أحمد الفتوحي ، الحنبلي المصرى الشهير بابن النجار .

مطبعة دار الجيل للطباعة .

الناشر : مكتبة دار العروبة . القاهرة .

١٢٤ - المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الامام أحمد

لأبي اليمن مجير الدين عبد الرحمن بن محمد العليمي ، المتوفى سنـة

٩٢٨ هـ .

تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد .

مطبعة المدني بمصر سنة ١٣٨٣ هـ .

١٢٥ - الموافقات في أصول الشريعة

لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطــبى

المتوفى سنة ٥٩٠ هـ .

مطبعة الشرق الأدني بالموسكي ، مصر . ومطبعة المكتبة التجاريـة .

١٢٦ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل .

تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي

المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ .

وبهامشـــــه .

التاج والاكليل لمختصر خليـــل
لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدرى الشهير بالمواق . المتوفـــى سنة ٨٩٧ هـ .
ملتزم الطبع والنشر : مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .

١٢٧ - الموطــــأ
لامام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس الأصبحي - رضي الله عنه -
صححه ، ورقمه ، وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقـي

١٢٨ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال
للحافظ أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .
تحقيق محمد علي البجاوى .
الناشر : مطبعة دار احياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٢ هـ

١٢٩ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار .
لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندى قاضي عسكر روملي ، وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال بن الهمام الحنفـــي على الهداية : شرح بداية المبتدى لشيخ الاسلام برهان الديـــن علي بن أبي بكر المرغيناني .
ومعـــه :
شرح العناية على الهداية
للامام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي . المتوفي سنة ٧٨٦ هـ .
وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى حلــبي وبسعدى أفندى . المتوفى سنة ٩٢٥ هـ .
الناشر : مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .

١٣٠ - النجوم الزاهره في ملوك مصر والقاهره .

لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغرى بردى . المتوفي سنة ٨٧٤ هـ .

طبعة مصوره عن طبعة دار الكتب المصرية .

١٣١ - نصب الراية لأحاديث الهداية .

للامام الحافظ العلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله ابن يوسف الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ .

معـ

حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي .

تصحيح ادارة المجلس العلمي

طبع طبعتان :

الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ دار المأمون - القاهرة . الطبعة الثانية سنة ١٣٩٣ هـ مع زيادات في التحقيق والتنقيح والطبع .

توزيع المكتب الاسلامي - بيروت . مطبوعات المجلس العلمي

١٣٢ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج :

تأليف : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي المنوفي المصري ،الانصارى الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

ومعه

حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ .

وبهامشه :

حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي . المتوفي سنة ١٠٩٦ هـ .

طبعة مصوره بدار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

١٣٣ - نيل الابتهاج بتطريز الديباج .

للحافظ أبي العباس سيدي احمد بن أحمد بن أحمد بن عمر بن محمد ابن أقيت عرف ببابا التنبكتي.

مطبعة المعاهد . مصر . الطبعة الأولى سنة ١٣٥١ هـ

١٣٤ - نيل الأوطار شرح منتقي الأخبار من أحاديث سيد الأخيار .

تأليف الشيخ الامام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني .

ملتزم الطبع والنشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي

الطبعة الأخيره .

١٣٥ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب .

للشيخ الامام عبد القادر بن عمر الشيباني على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل - رضي الله عنه - .

صححه وأشرف على طبعة الشيخ رشدى السيد سليمان

مدرس الفقه الحنبلي بمعهد القاهرة بالأزهر الشريف. ١

الناشر : مكتبة الفلاح - الكويت .

١٣٦ - الوسيط في أصول الفقه الاسلامي .

تأليف : وهبه الزحيلي

المطبعة العلمية . دمشق . الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ

١٣٧ - الوصيــــــة

للأستاذ محمد زكريا البرديسي . رئيس قسم الشريعة - كليـــــة الحقوق - جامعة عين شمس .

الطبعة الأولى سنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ .

الناشر : دار النهضة العربية .

١٣٨ - الوصية وأحكامها في الفقه الاسلامي .

" دراسة مقارنة على المذاهب السبعة "

تأليف الشيخ محمد جعفر شمس الدين .

الناشر : دار التراث الاسلامي للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت . لبنـــان .

١٣٩ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان .

لأبي العباس شمس الدين احمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان . المتوفى سنة ٦٨١ هـ .

تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .

مطبعة السعادة . الطبعة الأولى .

الناشر : مكتبة النهضة العربية المصرية .

١٤٠ - الهداية شرح بداية المبتدى .

تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بـــن عبد الجليل الرشد اني المرغيناني . المتوفى سنة ٥٩٣ هـ . فى الفقـــه على مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان .

الطبعة الأخيرة .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

فهرس الأعلام

(أ)

(ب)

(ت)

(ث)

(ج)

(ح)

(م)

فهرس الآيات القرآنية

ثالثا : فهرس الآيات القرآنيـــة :

....

فهرس الأحاديث والآثار

رابعا : فهرس الأحاديث والآثار :

رقم الصفحة

المحتوى

المحتـــوى

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

رقم الصفحة

....